

**TOUT-EN-UN
DROIT**

Apprendre
Approfondir
Appliquer
Réviser

2^e
édition

DROIT PÉNAL GÉNÉRAL

Sylvain Jacopin



Introduction

I La définition du droit pénal

Selon l'étymologie latine « poena » (peine), le droit pénal est très souvent réduit au droit de la peine. Le droit pénal s'exerce en effet sur le corps de la personne. À cet égard, les peines privatives de liberté sont les formes les plus sévères de la sanction pénale. La peine de mort a quant à elle été supprimée par la loi du 9 octobre 1981^{*}. C'est l'aspect répressif et dissuasif traditionnellement reconnu au droit pénal. Pourtant, le droit pénal dans ce rapport exclusif à la sanction n'est pas que répression : il contient également des mesures éducatives (le travail d'intérêt général, par exemple, peut s'ajouter à la sanction principale en tant que peine complémentaire, mais aussi se substituer à elle en tant que peine alternative) ou préventives (la mesure d'injonction de soins, par exemple, peut être prononcée à titre principal ou accessoire, la prévention étant alors tournée vers la « récidive »). Cette fonction éducative et préventive du droit pénal est beaucoup moins connue, comprise, et acceptée que la première fonction.

Juridiquement, la manifestation matérielle du droit de punir est principalement, mais pas uniquement, la sanction pénale². Le droit civil, le droit administratif et le droit disciplinaire organisent leurs propres mécanismes de répression. À cet égard, les sanctions administratives sont définies par le Conseil constitutionnel comme des « sanctions ayant le caractère d'une punition » (*infra*). Concernant la Cour européenne, sur la base de l'article 6 de la Convention européenne, sa jurisprudence a progressivement dessiné un régime juridique standard devant être respecté lorsque des mécanismes sanctionneurs d'une certaine gravité sont mis en place, quelles que soient les branches du droit (concept de « matière pénale », *infra*).

Un fait illicite peut être sanctionné par d'autres branches du droit. Par contre, lorsque le fait illicite est grave pour l'ordre public, ou suffisamment dangereux pour autrui, il est appréhendé par le droit pénal.

Parfois, le droit pénal intervient aussi pour soutenir une règle extra pénale. Par exemple, le fait de ne pas rembourser une dette constitue la violation d'un droit individuel. Ce n'est pas en principe une faute pénale. La prison pour dettes n'existe plus. Mais, parmi les dettes civiles, quelques-unes sont plus « essentielles » que les autres ; il s'agit des aliments (dettes alimentaires : prestation compensatoire, entretien des enfants, etc.) dus à des membres proches de la famille qui sont dans le besoin. Ces dettes alimentaires ont pour objet de sauvegarder la famille, et correspondent à un certain idéal moral très fort, la solidarité familiale. C'est la raison pour laquelle le non-paiement d'une dette alimentaire (faute civile) est pénalement sanctionné (abandon matériel de famille, art. 227-3 CP).

Mais, le droit pénal ne peut être réduit à la sanction car il est bien davantage : il marque principalement les frontières du permis, et de l'interdit. Il constitue une sorte de repères, mais ce ne sont pas simplement des repères moraux ou éthiques, dans la mesure où cette branche du droit privé organise une sanction. Le droit pénal érige en tant qu'*ultima ratio* les

* Les notes sont renvoyées en fin de chapitre.

comportements pénalement sanctionnés: il limite la liberté de l'individu si celui-ci agit ou se comporte aux mépris d'autrui. « Tout ce qui n'est pas interdit est permis dans une société démocratique », disait Loysel.

Durkheim disait des crimes qu'ils sont les comportements qui heurtent « les états forts de la conscience collective »³.

Le droit pénal évolue dans le temps, et selon l'évolution de cette « conscience sociale ».

Par exemple, il n'existe plus aujourd'hui d'infractions dites « d'outrage aux bonnes mœurs ». L'attentat à la pudeur a laissé place aux agressions sexuelles pour tenir compte de l'évolution des mœurs. En matière de prostitution (activité licite non pénalement sanctionnée), le « va-et-vient » législatif concernant la répression du racolage montre que le droit pénal évolue aussi en fonction des « perceptions sociales »: tantôt la personne prostituée est considérée comme auteur d'une infraction, celle de l'offre même implicite de se prostituer (délit de racolage, infraction-obstacle *sui generis*, puisqu'il s'agit ici d'une incrimination dirigée vers la réalisation, non plus d'une autre infraction, mais d'une activité, certes licite, mais immorale, la prostitution (sur l'infraction-obstacle et sa définition, v. *infra*), tantôt la personne prostituée est considérée comme victime d'une infraction, celle du « client », auteur d'une infraction de recours à la prostitution (contravention)⁴, depuis 2016.

Le droit pénal évolue également en fonction de la « nécessité sociale ». Par exemple, des considérations de santé publique peuvent conduire à la création d'infraction. Le fait de fumer dans les espaces publics est devenu une infraction (contravention de la deuxième classe), intégrée dans le Code de la santé publique avec le décret du 15 novembre 2006 renforçant la lutte contre le tabagisme (art. L. 3511-7 du Code de la santé publique – l'interdit s'applique dans les lieux affectés à un usage collectif, notamment scolaire, et dans les moyens de transport collectif, sauf dans les emplacements expressément réservés aux fumeurs).

Le droit pénal évolue aussi en fonction de l'émergence de nouveaux comportements sociaux. Par exemple, la loi du 11 octobre 2010⁵ a créé l'infraction de dissimulation forcée du visage, dont la sanction est immédiatement entrée en vigueur (art. 225-4-10 CP). Le port volontaire d'une tenue dissimulant le visage dans l'espace public est quant à lui puni d'une contravention, dont l'entrée en vigueur a été exceptionnellement reportée à l'expiration du délai de six mois à compter de la promulgation de la loi, soit le 11 avril 2011. Le droit pénal diffère ici dans le temps l'application de sa norme pénale pour des raisons pédagogiques⁶.

Le droit pénal répond parfois à tel ou tel sentiment d'insécurité. C'est le « droit pénal magique », pour reprendre l'expression du professeur Mireille Delmas-Marty⁷.

Par sa fonction, et en utilisant la sanction pénale, le droit pénal donne donc la mesure du fait illicite, dans une société donnée. Il suffit de constater que sous l'empire du Code pénal napoléonien (1810), le meurtre était puni de la peine de mort, alors qu'aujourd'hui, sous l'empire du Code pénal actuel (1992), la même infraction est désormais punie de la réclusion criminelle de trente ans, et parfois plus sévèrement en cas d'assassinat (la circonstance aggravante de préméditation du meurtre permettant la réclusion criminelle à perpétuité).

Autrement dit, le droit pénal dans son rapport à la sanction est un « droit déterminateur »: il constitue le degré de mesure des valeurs sociales qu'une société entend spécifiquement protégées. Robert Badinter, lorsqu'il était Président de la commission de réforme du Code pénal, a beaucoup parlé à cet égard de la fonction expressive du droit pénal.

Ces premières approches du droit pénal dans ses fonctions globales ne donnent aucun éclairage sur ce qu'est le droit pénal lui-même. À cet égard, Messieurs Merle et Vitu⁸ définissent le droit pénal comme « un ensemble de règles juridiques ayant pour objet la réaction sociale au phénomène criminel ». Le phénomène criminel s'entend des comportements qui, sous des formes diverses, mais aussi des degrés différents, sont considérés comme contraires à l'ordre social et contraires à la sécurité publique.

Le droit pénal est avant tout un droit⁹. Il appréhende certains faits précis en infractions. Il réglemente alors ces infractions, et les soumet à un régime précis, constituant ce qu'il convient d'appeler « le droit pénal de fond », et il organise la façon dont il faut les poursuivre avec des conditions et des délais spécifiques, constituant ce qu'il convient d'appeler « le droit pénal de forme ».

Du point de vue du « droit pénal de fond », il va s'agir tout d'abord de donner, à toutes les infractions, des bases communes de fonctionnement (principes directeurs – malgré les exceptions qui existent de plus en plus – et conditions de la responsabilité pénale, sans oublier la sanction pénale, caractérisant « le droit pénal général », contenu exclusivement dans le livre 1 du Code pénal).

Il va s'agir ensuite de définir le catalogue des infractions (caractérisant le « droit pénal spécial »), contenu, d'une part, au sein du Code pénal actuel dans les livres 2 à 5, dans lesquels figurent les infractions pouvant être commises par n'importe quel citoyen, et classées en fonction des valeurs sociales protégées (par exemple, la personne, sa vie, son intégrité physique, ou encore sa dignité, ou ses biens), et d'autre part, en dehors du Code pénal, dans d'autres lois spécifiques (par exemple, la loi sur la liberté de la presse), ou dans d'autres codes (par exemple, Code du travail, Code du commerce, Code de la santé publique, Code de la consommation...), dans lesquels se trouvent les infractions ayant pour objet de protéger des valeurs sociales plus spécifiques, et propres à un domaine d'activité sociale ou professionnelle.

Du point de vue du « droit pénal de forme » (caractérisant la procédure pénale), sont organisées principalement tout d'abord les règles de compétences et de fonctionnement du procès pénal intenté contre l'auteur de l'infraction, les modalités d'exécution de la sanction, ensuite, et, enfin, les délais de prescription de l'action publique.

Classiquement, on distingue le droit pénal général du droit pénal spécial et de la procédure pénale. Le fonctionnement juridique de l'ensemble de la matière est contenu dans le droit pénal général : y sont intégrés la définition et le régime de l'infraction et de la sanction pénale.

Il est impossible de dissocier le droit pénal spécial et le droit pénal général.

Il faut souligner que le Code pénal ne contient pas toutes les infractions du droit pénal : bien d'autres infractions sont situées hors code, dans d'autres codes ou lois extérieures (loi sur la liberté de la presse, par exemple). Cependant, toutes ont pour point commun leur soumission au « droit pénal commun » contenu dans le livre 1.

Tout en étant le socle commun, le droit pénal général s'est vu parfois « reconfiguré » de l'intérieur pour des considérations de droit pénal spécial. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le minimum légal de l'emprisonnement correctionnel, initialement de six mois, s'est trouvé diminué d'un cran avec le nouveau seuil de deux mois, institué par la loi du 18 mars 2003, dans le seul objectif de légitimer certaines infractions « hors-la-loi », ¹⁰ le législateur ayant lui-même purement et simplement ignoré le seuil légal au moment de leur création en prévoyant des

peines spécifiques d'emprisonnement de deux mois, voire de trois mois¹¹ (v. sur les seuils de la peine en matière correctionnelle, *infra*, fiche 10).

La contrainte du socle commun est parfois problématique, si bien que le législateur n'hésite pas à la contourner en spécifiant de manière exceptionnelle le régime d'une infraction qu'il crée ou modifie. Ces droits pénaux spéciaux, inscrits la plupart du temps hors Code pénal, adoptent leur propre règle, et leur propre mode de fonctionnement. La force du droit pénal général s'en trouve nécessairement affaiblie¹². Les subdivisions du droit pénal spécial (droit pénal des affaires, lui-même subdivisé en sous-branches – droit pénal économique, droit pénal du travail, droit pénal de la concurrence, droit pénal de la consommation, droit pénal financier, droit pénal de l'environnement, droit pénal de la famille, droit pénal des assurances, droit pénal de l'urbanisme...) accentuent les particularismes¹³.

Il est tout autant impossible de dissocier le droit pénal général de la procédure pénale. Tout d'abord, la nature de l'infraction (crime, délit, contravention) va principalement conditionner la façon dont se déroule le procès pénal. Ensuite, là encore, on constate des situations de « reconfiguration » du droit pénal général, pour des considérations procédurales.

Par exemple, en matière de prescription, la volonté de faire appliquer les nouveaux régimes spécifiques instaurés par la loi du 9 mars 2004 aux mineurs ayant été victimes de viols et d'agressions sexuelles a conduit à la suppression pure et simple par là même loi de l'alinéa 4 de l'article 112-2 du Code pénal relatif à l'application dans le temps des lois de prescriptions (*infra*, fiche 3).

II La nature du droit pénal : un droit mixte sous l'influence du droit international

A Le droit pénal et son rapport avec les branches du droit interne

Traditionnellement, le droit pénal fait l'objet d'un débat juridique sur sa nature : est-il rattaché au droit privé ou au droit public ?

On serait tenté de rattacher le droit pénal au droit public dans la mesure où ce dernier organise les rapports entre l'État et les individus : les organes étatiques du droit pénal interviennent dans l'intérêt général lorsqu'un individu trouble l'ordre social. C'est le ministère public, en tant que représentant de l'État, qui va exercer les poursuites pénales.

Une sanction pénale ne peut être prononcée que par une juridiction répressive. La peine ne peut faire objet d'aucune transaction, d'aucun arbitrage par un tiers, et est toujours prononcée dans l'intérêt de la société. Son exécution relève de la responsabilité exclusive de l'État. Contrairement aux dommages et intérêts prononcés en matière civile, l'amende est payée au trésor public, et donc bénéficie directement à l'État. Contrairement au droit civil qui permet l'octroi de dommages et intérêts pour violation des obligations contractuelles, le droit pénal sanctionne pour violation de l'ordre public¹⁴.

Le droit pénal repose également sur des fondements constitutionnels. Il est en effet enraciné dans le droit constitutionnel (art. 34, et art. 37 de la Constitution du 4 octobre 1958). Cet enracinement s'explique par le fait que le droit pénal en tant que manifestation de la puissance

publique est susceptible de porter atteinte aux libertés de l'individu, et en particulier à la liberté d'aller et venir par la privation de liberté.

Les principes constitutionnels vont permettre d'encadrer le droit de punir de l'État. C'est la raison pour laquelle les principes directeurs essentiels du droit pénal que sont le principe de la légalité des délits et des peines, et celui de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère (v. *infra*, fiches 1 et 3), sont reconnus comme des principes à valeur constitutionnelle. Outre le contrôle qu'il exerce *a priori* sur les lois pénales (il faut souligner que le Code pénal actuel, datant de 1992, et entré en vigueur en 1994, n'a pas été soumis au contrôle), le Conseil constitutionnel dispose depuis le 1^{er} mars 2010 d'un contrôle *a posteriori* à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par un justiciable au cours du procès pénal. On assiste dès lors à une « constitutionnalisation » du droit pénal (v. *infra*, fiche 1).

Cependant, le droit pénal ressort du droit privé qui réglemente les rapports entre les particuliers. Au stade de la poursuite des infractions, la victime a un rôle à jouer dans la mesure où elle a subi un préjudice causé par l'infraction. Si elle décide d'intenter une action civile au pénal plutôt que devant le juge civil, elle va pouvoir déclencher elle-même l'action publique par sa plainte civile (constitution de partie civile, ou citation directe – *infra*). Au stade de l'organisation judiciaire, les tribunaux judiciaires composés des mêmes magistrats œuvrent aussi bien au pénal qu'au civil. Depuis 2005, « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné, et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions » (alinéa 2, article 132-24 CP, ajouté par la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive). Désormais, avec la loi du 15 août 2014, c'est l'article 130-1 nouvellement créé qui fixe les fonctions de la peine : « afin de protéger la société, de prévenir la récidive et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des droits reconnus à la victime, la peine a pour fonctions : – de sanctionner le condamné ; – de favoriser son amendement, son insertion, et sa réinsertion ».

Il n'y a pas de cloisonnement mais, au contraire, une interpénétration entre droit privé et droit public au sein du droit pénal. Le droit pénal va sanctionner la violation de règles de droit privé comme de droit public.

Tout comportement contraire à la règle de droit n'empêche pas une sanction pénale. La violation d'une règle de droit peut s'accompagner d'une sanction pénale, d'une sanction civile ou d'une sanction administrative. Parfois même, pour un même comportement, les sanctions des diverses branches du droit se cumulent. En droit des affaires, les autorités administratives indépendantes (Autorité des marchés financiers, Conseil de la concurrence), dans le cadre légal de leur pouvoir de régulation, et en cas de non-respect de la réglementation du secteur d'activité concerné par une personne physique ou morale, édictent des sanctions administratives¹⁵, et les amendes qu'elles prononcent sont parfois très élevées, les montants dépassant largement le maximum de la peine encourue pour le même comportement déjà sanctionné pénalement. Dans ce domaine, le principe est même celui d'un cumul autorisé en droit interne des sanctions administratives et sanctions pénales, même si ce n'est plus le cas en matière d'initié (loi 21 juin 2016) (v. *infra*).

■ Le principe de l'autonomie fonctionnelle du droit pénal

Le droit pénal est au carrefour du droit civil et du droit public. Il entretient pour autant des rapports d'indépendance avec les autres droits : il est autonome dans la mesure où il n'est pas lié par les autres branches du droit. Il arrive qu'une infraction soit définie par référence à une norme extra pénale, civile ou administrative : l'existence de l'infraction nécessite alors que le juge pénal apprécie si l'élément étranger requis est caractérisé. Par exemple, la bigamie suppose l'existence d'un mariage antérieur non dissous (art. 433-20 CP). On ne peut poursuivre un individu pour bigamie que si celui-ci a conclu plusieurs mariages successifs. De même, le vol suppose que la personne poursuivie ne soit pas propriétaire des objets volés. La violation de domicile suppose également que le local dans lequel se produit l'infraction puisse être qualifiée de domicile. Dans ces situations, le juge pénal est-il impérativement lié par les règles civilistes relatives à la validité du mariage ou au transfert de propriété ou au contraire dispose-t-il d'une marge d'appréciation ?

La chambre criminelle de la Cour de cassation ne s'estime pas liée par les définitions ou les mécanismes extérieurs à la loi pénale, propres aux autres branches du droit.

Illustrations

À l'égard du droit civil, la règle civiliste selon laquelle en fait de meuble la possession vaut titre (article 2279 C. civ.) ne fait pas obstacle aux poursuites pour vol. De la même façon, le droit pénal retient du domicile une définition plus large que celle du droit civil (le lieu du principal établissement – article 102 C. civil) car elle considère que constitue un domicile toute demeure permanente ou temporaire, ce qui inclut les chambres d'hôtel, d'hôpital ou les caravanes ou les tentes.

À l'égard du droit public, la notion de fonctionnaire public, visée par de nombreuses normes pénales (par exemple, la corruption de fonctionnaire), est entendue plus largement : par exemple, des notaires sont considérés comme des fonctionnaires. Le fait même qu'un fonctionnaire ait été irrégulièrement nommé n'empêche pas la poursuite d'une infraction supposant cette qualité. Dans son arrêt du 30 janvier 2013, publié au Bulletin (Bull. 33), la chambre criminelle a donné une définition propre au droit pénal de la « personne chargée d'une mission de service public ». Elle a en effet jugé que « doit être regardée comme chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du Code pénal, toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu importe qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique », et a ainsi confirmé la condamnation pour prise illégale d'intérêts du dirigeant de fait d'une association chargée de la gestion de mesures de protection judiciaire.

Récemment, la Cour de cassation a qualifié de « bâtiment » un espace nu entouré seulement d'un grillage (Cass. crim., 23 avr. 2024, n° 23-83.604). En l'espèce, un éleveur avait installé sur cet espace un troupeau de porcs gascons, en contravention avec un règlement sanitaire visant des « bâtiments » voués à ce type d'usage. Pour justifier sa solution, la chambre criminelle invoque deux arguments : d'une part, l'étymologie du terme bâtiment qui au-delà de la construction fermée « autoriserait une définition plus large incluant toute édification, toute installation construite par la main de l'homme » ; d'autre part, un autre règlement relatif, lui aussi, à la protection de l'environnement et qui définit comme « bâtiments » d'élevage les enclos d'élevage de porcs en plein air.

Cette autonomie du droit pénal se justifie pour des considérations d'efficacité répressive, mettant parfois en péril la cohérence du système juridique. Il ne faut pas exagérer pour autant les différences de définition des notions communes au droit pénal et aux autres branches du droit.

Très souvent, le droit pénal se contente de reprendre les définitions déjà connues. Par exemple, il adopte une définition identique de la « délégation de service public » que le droit administratif définissait depuis longtemps en jurisprudence¹⁶, bien avant 1994, date de l'entrée en vigueur de la responsabilité pénale des personnes morales, laquelle fonctionne sur cette notion à l'égard des collectivités publiques (v. *infra*, fiche 7).

B Le droit pénal et son rapport avec les branches du droit européen

1 Le rapport du droit pénal et du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe a œuvré pour rapprocher les législations pénales européennes en matière de coopération judiciaire (extradition, entraide judiciaire...). Sur un plan normatif, il a donc adopté de très nombreuses conventions relatives au droit pénal. Sur le plan juridictionnel, la Cour européenne a un rôle fondamental en droit interne. Ce double système produit ce que Mireille Delmas-Marty nomme un « enchevêtrement des systèmes », propice à la création d'un droit pénal mondial¹⁷. Les tribunaux pénaux internationaux « ad hoc », créés le plus souvent pour juger les crimes contre l'humanité (tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, tribunal pour le Rwanda...), raisonnent sur les mêmes concepts du droit pénal (auteur, complicité, dol spécial...). Longtemps simplement définis par renvoi au droit pénal international, les crimes contre l'humanité en droit pénal interne ont par exemple reçu leur véritable définition dans un texte interne élaboré sur le modèle du droit international, avec l'entrée en vigueur au 1^{er} mars 1994 du nouveau Code pénal de 1992 (les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles, comme en droit international). Le droit international nourrit le droit pénal interne, le Code pénal s'étant contenté de reprendre pour l'essentiel les définitions internationales.

L'adoption de conventions internationales dans le domaine pénal (conventions sur l'extradition, réseau de coopération internationale...) contribue à l'harmonisation des règles juridiques. Si le droit pénal international¹⁸ et le droit pénal interne entretiennent des rapports étroits, l'examen spécifique du droit pénal européen démontre leurs rapports intrinsèques, et très hiérarchisés.

2 Vers un droit pénal commun européen ?

a. Un droit pénal encadré par les droits de l'homme

La Convention européenne des droits de l'homme a été signée le 4 novembre 1950 à Rome et est entrée en vigueur le 3 mai 1974 en France. Sa pleine application date d'octobre 1981 par la reconnaissance du droit au recours individuel, c'est-à-dire la possibilité d'aller porter sa situation devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ce texte s'applique sans réserve de réciprocité. Il s'applique à tous les individus rattachés un État signataire de la Convention, indépendamment de sa nationalité ou de sa régularité de séjour. La Cour européenne des droits de l'homme est la seule juridiction à garantir l'application effective des droits inscrits dans la Convention. Le domaine pénal illustre l'étendue de son contrôle.

La Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle subsidiaire, et elle ne peut intervenir qu'une fois épuisées toutes les voies de recours du droit interne. Mais, une fois saisie,

elle peut sanctionner toute violation aux droits de l'homme. Elle effectue un contrôle *in concreto* et *in globo*, car elle prend en considération l'ensemble des faits et de la procédure. La Cour a une jurisprudence abondante en matière pénale pour la procédure, mais également pour le fond du droit. Lorsque le droit interne est contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'État devrait modifier sa législation mais c'est uniquement un pouvoir de persuasion politique qui fait que l'État modifie sa législation pour ne pas être condamné de nouveau. En ce sens, rien n'est imposé, si ce n'est la sanction, et le versement d'une satisfaction équitable à la partie lésée, pour le dommage matériel, moral ou financier (frais et dépens) subi du fait de la violation.

À ce stade, il faut souligner que la Cour de Strasbourg contrôle les décisions du juge interne, et sanctionne toute violation au droit conventionnel. De manière spécifique au droit pénal, il est possible de faire rejurer l'affaire après épuisement définitif des voies de recours lorsqu'une décision de la Cour de Strasbourg a condamné la France et que la satisfaction équitable n'est pas suffisante. Cette possibilité a été créée par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes. A donc été mis en place en quelque sorte un « pourvoi dans l'intérêt du droit européen des droits fondamentaux ». Ce mécanisme est prévu, depuis la réforme opérée par la loi du 20 juin 2014, par les articles 622-1 et s. du Code de procédure pénale. La violation de la Convention européenne doit avoir aussi des effets qui perdurent et qui entachent toujours la validité du procès (Cass. com. Réex., 30 novembre 2000)¹⁹. La demande en réexamen est désormais adressée à une nouvelle juridiction (créée par la loi du 20 juin 2014) : la cour de révision et de réexamen, dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme (art. 622-1 CPP).

Cette nouvelle juridiction est composée de dix-huit magistrats de la Cour de cassation, dont le président de la chambre criminelle, qui la préside. Les dix-sept autres magistrats sont désignés, par l'assemblée générale de la Cour de cassation, pour une durée de trois ans, renouvelable une fois. La demande en réexamen est adressée à la commission d'instruction des demandes en révision et en réexamen, qui se prononce sur sa recevabilité, par une décision motivée non susceptible de recours. La formation de jugement de la cour de révision et de réexamen peut ensuite rejeter la demande si elle l'estime mal fondée.

Si elle estime la demande fondée, il y aura lieu de renvoyer l'affaire soit devant la Cour de cassation statuant en Assemblée plénière soit devant une juridiction du même ordre et de même degré que celle qui a rendu la décision litigieuse (art. 624-7 CPP).

Les exigences de répression du droit pénal sont limitées par le respect impératif et absolu des droits de l'homme. La Cour européenne s'assure que l'arsenal répressif mis en œuvre par les États parties est en parfaite conformité avec la Convention.

Illustrations

En est-il principalement du droit à la dignité, lequel implique, selon la Cour, le droit de ne subir ni torture, ni peine, ni traitement inhumain ou dégradant, en application de l'article 3 de la Convention (il suffit de citer les célèbres arrêts Tomasi contre France du 27 août 1992²⁰ et Selmouni contre France du 28 juillet 1999²¹ ayant condamné la France pour des sévices commis par des policiers)²²; du droit à la sécurité et à la liberté, lequel exige le droit de faire recours contre la mise en détention, de se faire remettre en liberté par un juge et de demander réparation en cas d'abus en application de l'article 5 paragraphe 4 et 5 (la France a été ainsi condamné, – pour violation de l'article 5

paragraphe 3, arrêt *Moulin contre France* du 23 novembre 2010²³, – pour violation de l'article 5 paragraphe 1, arrêt *Medvedyev et autres contre France*, 10 juillet 2008, confirmé en grande chambre de la Cour, 29 mars 2010²⁴, ces deux derniers arrêts ayant affirmé que le procureur de la République n'est pas un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires en raison de son manque d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, si bien que la privation de liberté²⁵ qui est intervenue est sans base légale²⁶; du droit au respect de la vie privée fondée sur l'article 8 (la France a été ainsi condamnée pour sa législation relative aux écoutes téléphoniques d'un suspect ou d'une personne mise en examen, arrêt *Kruslin et Huvig contre France* du 24 avril 1990²⁷, arrêt *Lambert contre France* du 24 août 1998²⁸).

Il a été encore jugé par exemple que la condamnation pour offense publique à un chef d'État étranger était contraire à l'article 10 de la Convention relatif à la liberté d'expression (arrêt *Colombani contre France* du 25 juin 2002²⁹). La même solution, mais avec un raisonnement différent³⁰, a été récemment affirmée à propos d'une condamnation pour offense publique au chef de l'État français, dans la célèbre affaire « *Casse-toi, pov'con* »³¹ (arrêt *Eon contre France* du 14 mars 2013)³², ce qui a amené le législateur à supprimer purement et simplement le délit d'offense envers le président de la République commis par l'un des moyens énoncés dans l'article 23 de loi sur la liberté de la presse (L. 29 juill. 1881, art. 26, supprimé ainsi par la loi du 5 août 2013). La condamnation pour violation du secret de l'instruction d'une avocate dans l'affaire du vaccin contre l'hépatite B, est également contraire à l'article 10 (CEDH, 15 déc. 2011, *Mor contre France*, faisant prévaloir « le débat d'intérêt général »). L'extradition d'un individu vers les États-Unis où la peine de mort l'attend est contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales car la peine de mort est contraire à l'article 3 (arrêt *Soering contre Royaume-Uni* du 7 juillet 1989³³; arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi contre Royaume-Uni* du 2 mars 2010³⁴, affirmant plus explicitement que la peine de mort constitue un traitement inhumain et dégradant interdit par l'article 3).

Le contentieux relatif à l'article 3 de la Convention interdisant les peines infamantes et dégradantes a nourri cet encadrement juridique, y compris au regard du droit des détenus. Sur le plan normatif, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 en est la parfaite illustration : la Cour européenne y a joué un rôle particulièrement actif dans l'affirmation de plusieurs droits. Pour ne citer que quelques exemples, la Cour avait déjà pu affirmer le respect du principe de la liberté de correspondance (arrêt *Boyle et Rice contre Royaume-Uni* du 27 avril 1988³⁵; arrêt *Mc Callum contre Royaume-Uni* du 30 août 1990³⁶), celui du respect de la vie familiale (« il est cependant essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche », arrêt *Messina contre Italie* du 28 décembre 2000³⁷), sur le fondement de l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée, ou encore celui de l'administration de soins médicaux requis, sur la base de l'article 3 de la Convention (l'État doit « s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier soient assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis », arrêt *Kudla contre Pologne* du 26 octobre 2000³⁸). Enfin, sur la base de l'article 3 de la Convention, la France a été condamnée pour traitement dégradant à raison des conditions de détention dans une maison d'arrêt (CEDH, 25 avril 2013, *Canali contre France*, n° 40119/09)³⁹. Depuis l'arrêt *Golder contre*

Royaume-Uni du 21 février 1975⁴⁰, la Cour européenne affirme avec force le principe du droit à un procès équitable. Le contentieux disciplinaire en prison est lui-même soumis aux exigences de l'article 6 de la Convention (arrêt Campbell et Fell contre Royaume-Uni du 28 juin 1984⁴¹, arrêt Ezeh et Connors contre Royaume-Uni du 8 octobre 2003⁴²).

En matière de sexualité, la Cour européenne a dégagé des principes directeurs pour caractériser une infraction sexuelle. L'arrêt Dudgeon contre Royaume-Uni du 22 octobre 1981⁴³ et l'arrêt K.A. et A.D. contre Belgique du 17 février 2005⁴⁴ (faisant lui-même référence à l'arrêt Pretty contre Royaume-Uni du 29 avril 2002⁴⁵, lequel avait consacré au regard de l'article 8 la notion d'autonomie personnelle), ont fait du consentement de la victime le critère principal de la frontière du permis et de l'interdit dans ce domaine. Certains auteurs ont pu parler d'une « sacralisation » du consentement, la liberté sexuelle devenant un « fait justificatif » aux actes de violences commises dans un cadre sexuel⁴⁶. Une infraction du droit interne peut porter atteinte à la Convention européenne. Par exemple, dans l'affaire Dudgeon contre Royaume-Uni⁴⁷, la Cour a considéré qu'un État qui érige les relations homosexuelles entre adultes consentants comme constitutives d'une infraction pénale est en contradiction avec l'article 8. La Cour ne prohibe pas uniquement le fait d'interdire l'adoption de législations pénales contraires au droit qu'elle garantit, elle peut également imposer aux États l'obligation de prendre des mesures pouvant garantir la protection des droits de l'homme. La Cour estime en effet que non seulement les États doivent incriminer un certain nombre d'infractions pénales, mais qu'ils doivent prendre des mesures positives (« obligations positives ») pour garantir les droits de l'homme qu'elle contient.

Par exemple, arrêt Siliadin contre France, du 26 juillet 2005⁴⁸ : la France a été condamnée pour ne pas avoir sanctionné pénalement un individu qui avait porté atteinte aux droits fondamentaux d'une plaignante, victime de l'esclavagisme moderne. La législation française connaît des textes pénaux pouvant être appliqués en l'espèce – art. 225-13 et 225-14 CP. Cependant, dans cette affaire, les patrons avaient réussi à obtenir la relaxe. La jeune fille a donc saisi la Cour européenne, et cette dernière a condamné la France pour avoir relaxé les prévenus⁴⁹. Pour se mettre en conformité avec l'exigence européenne, la loi du 5 août 2013 a donc inséré de nouvelles incriminations pénales, notamment celles de réduction en esclavage et de travail forcé – articles 225-14-1 et 225-14-2 CP.

De manière générale, la Cour de Strasbourg veille à ce que les États ne puissent limiter l'exercice des droits et libertés individuelles qu'à la condition que les restrictions « soient nécessaires dans une société démocratique, fondées sur un besoin social impérieux et proportionnées au but légitime recherché ». En même temps, la Cour, tenant compte de la marge d'appréciation nécessaire dont doivent disposer les autorités nationales (par exemple, arrêt Vo contre France du 8 juillet 2004⁵⁰, ou Pretty contre Royaume-Uni du 29 avril 2002⁵¹), prend en compte chaque fois que nécessaire les impératifs nationaux de lutte contre la délinquance. Le Conseil constitutionnel français raisonne pareillement lorsqu'il apprécie la conformité des lois pénales françaises au regard de la Constitution française (v. *infra*, fiche 1).

■ La « matière pénale », une catégorie juridique au service de la protection des droits de l'individu

Le concept de la « matière pénale » déborde le droit pénal à proprement parler. C'est un concept issu de la jurisprudence de la Cour européenne sur la base de l'interprétation qu'elle opère de l'article 6 de la Convention européenne relatif à la notion d'accusation en matière pénale (et ses corollaires : présomption d'innocence, droit d'être informé sur les raisons de

l'accusation et de l'arrestation, droit d'être traduit devant un juge, droit à un tribunal indépendant et impartial, respect du contradictoire et de l'égalité des armes, publicité des débats, droits de la défense, durée raisonnable de la procédure, droit aux voies de recours...). Ainsi, le concept s'entend de l'ensemble des réseaux de sanctions assujettis à l'article 6 de la Convention (droit au procès équitable).

La « matière pénale » inclut, à côté des infractions pénales classiques, les infractions administratives et disciplinaires. Il y a bien d'autres réponses punitives que l'édition d'infractions pénales au sens strict. La réponse n'est d'ailleurs pas nécessairement étatique.

Il suffit de citer par exemple les autorités administratives indépendantes et leur pouvoir punitif en droit pénal des affaires (*v. supra*).

Contrairement au droit interne⁵², la France ayant émis une réserve à l'article 4 du protocole n° 7, la Cour européenne s'oppose au cumul des sanctions pénales et des sanctions administratives pour un même fait⁵³. La Cour de justice de l'Union européenne adopte la même position⁵⁴. Quant au Conseil constitutionnel, seul le principe de proportionnalité apporte une limite au cumul (Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC; 23 juill. 1996, n° 96-378 DC, D. 1998. 146, obs. J. Trémeau).

Cependant, dans l'affaire EADS, le Conseil constitutionnel a rendu une décision tout à fait inédite en matière de cumul (Cons. Const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : s'il n'y a pas « d'obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente », la haute juridiction estime que le manquement d'initiés, article du Code monétaire utilisé par l'AMF, et le délit d'initiés, article du même Code monétaire utilisé par le juge pénal, sont rigoureusement identiques. Ainsi, en l'espèce, l'AMF ayant déjà statué sur le dossier EADS, le juge pénal n'a pas à intervenir, si bien que l'autorité administrative indépendante est considérée comme ayant les mêmes qualités que le juge pénal et que ces décisions relèvent de la « chose jugée ». Le conseil va plus loin encore, puisqu'il supprime le délit d'initié, et le manquement d'initié. L'abrogation a cependant été reportée jusqu'en septembre 2016. Le législateur est donc intervenu pour répartir le contentieux, administratif ou pénal, en matière financière (loi du 21 juin 2016). L'AMF et la justice pénale doivent donc se partager les affaires en fonction de la première instance saisie, et c'est le procureur général près de la Cour d'appel qui tranche le conflit de compétence.

Plusieurs décisions ont concouru à étendre et à définir le champ de la « matière pénale ». Parmi celles-ci, il faut citer :

- L'arrêt Engel et autres contre Pays-Bas du 8 juin 1976⁵⁵ : il s'agissait de sanctions disciplinaires prononcées contre des militaires belges. Le procès disciplinaire doit se prononcer selon les règles du procès équitable.
- L'arrêt Ozturk contre Allemagne du 21 février 1984⁵⁶ : il s'agissait des infractions administratives allemandes. La Cour européenne exige que l'article 6 paragraphe 1 s'applique à la répression administrative car elle relève de la matière pénale. Elle retient le caractère d'infraction pour tout comportement associé à une forme de répression.
- L'arrêt Bendenoun contre France du 21 février 1994⁵⁷ : une procédure devant le juge administratif relative à une majoration d'impôts infligée par le fisc ressort de la « matière pénale ». Les dispositions de l'article 6 paragraphe 1 s'applique aux sanctions fiscales.
- L'arrêt Welch contre Royaume-Uni, du 9 février 1995⁵⁸, qualifiant une confiscation de peine.

L'idée pour la Cour est d'éviter tout en respectant la souveraineté des États que ceux-ci ne cherchent à échapper aux dispositions protectrices de la Convention (notamment aux garanties procédurales) en utilisant des qualifications extra pénales.

Selon la Cour, la « matière pénale » se définit par le recours à trois critères alternatifs : la qualification juridique de l'infraction en droit interne (qui n'a qu'une valeur relative), la nature de l'infraction, la nature et le degré de sévérité de la sanction.

La Cour européenne dégage une sorte de « droit commun » de la sanction répressive.

Les sanctions de défense sociale (mesure de sûreté, par exemple la rétention de sûreté, v. *infra*, fiche 10) relèvent de cette « matière pénale ». Dans cette conception, le droit pénal ne peut plus être cloisonné. À partir du moment où la sanction est punitive, elle appartient à la « matière pénale », et est assujettie aux garanties fondamentales.

Cette démarche est aussi celle qu'adopte en droit interne le Conseil constitutionnel, par le biais du principe de proportionnalité : il a ainsi considéré que les exigences posées par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais aussi s'étendent à toute « sanction ayant le caractère d'une punition », même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité non juridictionnelle, tel le Conseil supérieur de l'audiovisuel (Cons. const., 17 janvier 1989, DC 88-248) ou la Commission des opérations de Bourse (Cons. const., 28 juillet 1989, DC 89-260).

b. Les droits de l'homme intégrés par le droit pénal

À travers un certain nombre de mécanismes juridiques de droit interne, le plus souvent procéduraux, parfois spécifiques au droit pénal (contrôle de légalité, par exemple – v. *infra*, fiche 1), parfois non spécifiques (la question prioritaire de constitutionnalité – v. *infra*, fiche 1), le droit pénal se nourrit des droits de l'homme et des droits fondamentaux, ce qui l'incite à une transformation à la fois substantielle et processuelle.

3 Le rapport du droit pénal et de l'union européenne

Les traités communautaires originaires (traité de Rome, 1957 ; traité de Maastricht, 1992, et traité d'Amsterdam, 1997) ne contenaient aucune disposition relative à une quelconque compétence pénale de la Communauté. Progressivement, compte tenu de la répartition des compétences matérielles entre la Communauté et les États membres, la sphère pénale n'est pas restée étrangère à l'influence du droit né des traités.

Le mouvement de « pénétration » du droit communautaire dans le domaine du droit pénal se manifeste dans deux directions distinctes.

a. De l'encadrement à la « communautarisation » du droit pénal

Le droit communautaire interfère plus ou moins directement avec le droit pénal national.

En premier lieu, le droit national ne peut établir ou maintenir des incriminations visant à sanctionner des comportements autorisés par le droit communautaire. Le principe de primauté du droit communautaire, telle que définie à l'article 55 de la Constitution, a pour conséquence, comme l'a dit très clairement la Cour de cassation, qu'il « appartient au juge pénal d'écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsqu'il méconnaîtrait une disposition du traité des Communautés européennes ou d'un texte pris pour son application » (Cass. crim.,

21 février 1994, Bull. 74). Mireille Delmas-Marty parle ainsi de « neutralisation » du droit national par le droit communautaire »⁵⁹.

En second lieu, la jurisprudence de la Cour de justice impose des sanctions répressives dans des limites imposées par le droit communautaire, notamment dans le cadre de la libre circulation des biens ou des personnes. Par exemple, la Cour de justice des communautés européennes, devenue aujourd'hui la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁰, a pu décider que « le défaut de titre de séjour ne peut être assorti d'une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à la libre circulation des travailleurs » (arrêt Regina contre Pieck, 3 juillet 1980⁶¹).

En outre, l'ex-article 5 du traité (devenu l'article 4) impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire conformément au principe de coopération loyale. Ce principe encourt donc comme conséquence des obligations et des devoirs d'assistance mutuelle : le droit pénal interne est sollicité pour sanctionner le respect des normes communautaires en elles-mêmes. En aval du processus décisionnel européen, le Parlement français peut, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, former des recours devant la Cour de justice de l'UE contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est de droit à la demande de 60 députés ou 60 sénateurs.

b. Un réseau judiciaire européen

La coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (troisième pilier), puis l'édification de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ont eu pour effet de renforcer l'incidence du droit de l'Union sur le droit pénal national. En 1999, le Conseil européen de Tampere a insisté sur les axes fondamentaux de cette politique pénale européenne : lutte contre les formes graves de criminalité organisée et transnationale, intensification de la coopération dans la lutte contre la criminalité, et adoption d'un certain nombre de mesures spécifiques (lutte contre le blanchiment d'argent, par exemple).

Dans le cadre du « troisième pilier », sur la base du Titre VI du traité sur l'Union européenne, le Conseil est habilité à adopter des décisions cadres aux fins du rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres (art. 34 § 1 b TUE), dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale. Le mandat d'arrêt européen a été institué par la décision cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002, et introduit en France par la suite à l'occasion de la loi du 9 mars 2004 dite « loi Perben 2 » (art. 695-11 CPP⁶²). Il permet une simplification des procédures d'extradition entre États membres de l'Union européenne.

Par sa décision n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013, le Conseil constitutionnel a, pour la première fois, saisi la Cour de justice de l'UE d'une question préjudicielle (art. 267, TFUE), portant sur le mandat d'arrêt européen. Par une décision du 30 mai 2013, la CJUE a affirmé que le droit européen n'empêche pas les États membres de prévoir un recours en matière de décision de l'autorité judiciaire visant à étendre les effets d'un mandat d'arrêt européen ou à la remise de la personne en cause à un État tiers. Et le Conseil constitutionnel s'est dès lors aligné sur cette décision en affirmant l'inconstitutionnalité de l'absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen (Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-314 QPC). La loi du 5 août 2013 portant adaptation du droit de l'Union européenne a pris en compte les accords spécifiques avec des pays particuliers de l'UE dans l'application du mandat européen. Ainsi a été créée une section nouvelle traitant de la procédure avec des États particuliers (articles 695-52

à 695-58.) Par ailleurs, les conditions d'exécution et des modalités procédurales (comparution immédiate, procédure d'exécution) du mandat européen sont affinées. L'un des objectifs de cette coopération étant aussi l'harmonisation des sanctions pénales au sein de l'Union européenne, l'idée d'obliger les États membres à sanctionner les règles communautaires par ce biais s'est dès lors rapidement opérée.

À cet égard, le droit pénal de l'environnement a été le champ de bataille du droit communautaire. Les prescriptions communautaires en matière d'environnement n'étaient pas sanctionnées pénalement, dans le respect du droit de punir propre de chaque État, lui-même intrinsèquement lié à la souveraineté nationale. Sur la nouvelle base du traité, le Conseil a adopté une décision cadre définissant une série d'infractions au droit de l'environnement, que les États membres devaient sanctionner pénalement, y compris, pour certaines infractions graves, par des peines privatives de liberté pouvant donner lieu à extradition. De son côté, dans le cadre du premier pilier, véritable droit communautaire qui a un effet direct en droit interne, et qui touche de nombreux domaines dont celui de l'environnement, un projet de directive avait été élaboré sans pour autant aboutir. De là, est né le problème de la compétence communautaire pour prévoir des sanctions pénales, et une « guerre des piliers ». Au-delà du conflit de compétence, est en jeu derrière cette bataille la question essentielle de savoir si le droit communautaire peut obliger les États à prévoir des sanctions pénales : sur la base du premier pilier, il s'octroie ce droit ; sur la base du troisième, il ne s'agit que d'une harmonisation.

La Commission, soutenue par le Parlement européen, a contesté cette pratique du Conseil, en estimant que les dispositions du pilier communautaire étaient suffisantes pour autoriser les institutions à imposer aux États membres de prévoir de telles sanctions. La Cour de justice a rendu dans ce contexte un arrêt historique en la matière (CJCE, 13 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes contre Conseil de l'Union européenne*⁶³) : le juge communautaire a en effet considéré que l'absence de compétence pénale autonome de la Communauté n'exclut pas que le législateur communautaire puisse « prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres », et notamment prévoir l'obligation de sanctions pénales en cas d'infractions graves aux règles communautaires de protection de l'environnement, par voie de directive adoptée sur la base du premier pilier.

L'arrêt en date du 23 octobre 2007 rendu par la Cour de Justice⁶⁴ en matière de lutte contre la pollution causée par les navires affirme exactement la même solution, tout en précisant que la Communauté n'est pas compétente pour déterminer la nature et le degré d'intensité des sanctions pénales à appliquer. Or, il faut rappeler ici la différence majeure entre la directive et la décision cadre : l'absence de reconnaissance d'effet direct pour cette dernière. La directive est un instrument communautaire adopté par le Conseil de l'Union européenne, seul ou avec le Parlement. Elle fixe un objectif à atteindre, mais laisse les États destinataires libres de choisir les moyens pour atteindre cet objectif dans les délais prévus⁶⁵. La non-transposition d'une directive peut faire l'objet d'une procédure de manquement devant la Cour de justice. Les citoyens peuvent éventuellement invoquer les droits qu'elle leur confère devant le juge national, si elle est suffisamment claire et précise.

Le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, a mis fin à la crise simplifiant considérablement le fonctionnement des institutions européennes, en supprimant les piliers. Désormais, le problème est réglé dans un chapitre 4 relatif à la coopération judiciaire en matière pénale, dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En particulier, l'article 83 dudit traité, selon lequel des directives peuvent établir des règles

minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine de la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière» (terrorisme, traite des êtres humains, trafic illicite de drogue ou d'armes, blanchiment, corruption, contrefaçon de moyen de paiement, et criminalité informatique). Si un projet de directive porte atteinte à un aspect fondamental d'un système de justice pénale d'un membre du Conseil, une procédure de suspension de la procédure législative ordinaire est alors prévue.

Sur la base de l'article 82 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'UE (règles minimales portant sur l'admissibilité mutuelle des preuves pénales, le droit des victimes de la criminalité et les droits des personnes dans la procédure pénale), le Parlement européen et le Conseil de l'UE n'ont pas hésité, ces dernières années, à multiplier l'adoption de « règles minimales » tendant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.

À cet égard, on peut citer la directive européenne, en date du 22 mai 2012 (directive 2012/13/UE), qui prévoit que « les États membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies ou leur avocat aient accès au minimum à toutes les preuves matérielles à charge ou à décharge des suspects ou des personnes poursuivies, qui sont détenues par les autorités compétentes, afin de garantir le caractère équitable de la procédure et de préparer leur défense ». Rappelons ici que la chambre criminelle a toujours considéré que l'accès aux seules pièces de l'article 63-4-1 CPP (issu de la loi du 14 avril 2011), à savoir le procès-verbal de notification du placement en garde à vue et des droits y étant attachés, le certificat médical ainsi que les procès-verbaux d'audition du suspect, était compatible avec les exigences résultant du droit à un procès équitable (art. 6 § 1 Conv. europ)⁶⁶. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conduit à la même solution de l'accès intégral du dossier (Cour EDH, 3^e Sect. 26 novembre 2013, *Emilian-George c. Roumanie*, Req. n° 21249/05, § 33). À l'occasion de la transposition de la directive n° 2012/13/UE, la loi du 27 mai 2014 a finalement décidé de ne pas étendre l'accès à l'ensemble des pièces de la procédure, privant ainsi l'individu d'un contrôle effectif de la légalité d'une garde à vue. Une autre directive européenne, à transposer avant novembre 2016, cette fois-ci en droit interne, prévoit la présence obligatoire d'un avocat pendant une audition dite « libre », c'est-à-dire en dehors du cadre réglementé de la garde à vue. La loi du 27 mai 2014 a pris en considération cette deuxième directive, en organisant l'audition libre d'une personne suspecte. Dans ce cadre, la personne entendue librement peut, depuis le 1^{er} janvier 2015, être assistée par un avocat pour ses auditions et confrontations, si l'infraction est un crime ou un délit puni d'emprisonnement (art. 61-1 CPP).

Le traité de Lisbonne ayant intégré la coopération intergouvernementale en matière pénale au droit communautaire, l'action de l'Union sera dorénavant régie par des directives dont l'effet direct modifie les rapports du droit pénal et du droit communautaire dans l'architecture législative. Les directives, votées selon le système de la majorité qualifiée, sans pour autant être d'application directe, doivent permettre d'harmoniser les incriminations et les sanctions pénales en instaurant des règles minimales⁶⁷.

Quant à la coopération dans le domaine de l'enquête pénale, depuis l'adoption en 2002 du mandat d'arrêt européen (v. *infra*), la directive européenne en date du 3 avril 2014 (directive 2014/41/UE), à transposer avant le 22 mai 2017, met en place la décision d'enquête européenne en matière pénale (DEE), définie comme une décision judiciaire émise ou validée par une autorité judiciaire afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre (l'État d'exécution) en vue d'obtenir des preuves (art. 1^{er}). Cette directive vise à

rationaliser la coopération judiciaire au niveau de l'enquête dans un cadre protecteur renforcé des droits fondamentaux⁶⁸. L'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 et le décret du 7 avril 2017 ont transposé cette directive en droit interne (art. 694-15 à 694-50 CPP).

Le souci actuel de l'Union européenne est de créer un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice en donnant sa pleine efficacité au principe de la reconnaissance mutuelle à travers l'adoption de règles minimales communes.

Par exemple, le Livre vert (2003) sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne et le Livre vert sur la présomption d'innocence (2006) s'efforcent de planifier les mesures requises pour améliorer la garantie des droits fondamentaux à un procès équitable.

Eurojust, institution dotée de la personnalité juridique, doit renforcer la coordination et la coopération entre les autorités judiciaires chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité internationale grave (stupéfiants, terrorisme...). L'office européen de police, Europol, joue un rôle similaire en matière de coopération entre les polices nationales⁶⁹.

La loi du 5 août 2013 portant adaptation au droit de l'UE modifie quelques articles du Code de procédure pénale pour définir le champ d'application d'Eurojust (art. 695-4 et suivants) et les prérogatives de leurs représentants (art. 695-8 et 695-9). Il est déterminé pour quelles infractions cette unité peut intervenir (art. 695-8-2). Aussi, sont concernées les infractions punissables dans l'un au moins des États membres concernés d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté égale ou supérieure à cinq ans et qui entre dans l'une des catégories suivantes : traite des êtres humains ; exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie ; trafic de drogue ; trafic d'armes à feu, de leurs éléments et munitions ; corruption ; fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne ; contrefaçon de l'euro ; blanchiment de capitaux ; attaques visant les systèmes d'information.

■ Un Code pénal européen, un Parquet européen : un défi pour l'Union européenne

Un projet de « Corpus Juris » pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne⁷⁰, a eu lieu entre 1996 et 1999, visant à mettre en place un Code pénal commun aux États membres et un ministère public européen de manière à lutter contre les fraudes communautaires. Sur la base d'Eurojust, le traité de Lisbonne prévoit la mise en place d'un Parquet européen pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. (art. 86), en laissant une possibilité d'extension à la criminalité grave (paragraphe 4, art. 86). Il importe donc de déterminer l'étendue de sa compétence matérielle (limitée aux infractions financières, ou incluant la criminalité internationale grave), et les modalités de la coopération avec le droit national⁷¹. En juillet 2013, la Commission européenne a enfin proposé son projet. La proposition de règlement COM (2013) 534 final prévoit la création d'un Parquet européen qui présenterait les caractéristiques suivantes : compétent pour veiller à la protection des intérêts financiers de l'Union, il serait créé sous la forme d'un office intégré de l'Union s'appuyant sur les systèmes judiciaires nationaux. Nouvel organe doté de la personnalité juridique, il bénéficierait de garanties d'indépendance et devrait rendre compte de ses activités ; et il serait dirigé par un procureur européen nommé par le Conseil avec l'approbation du Parlement européen pour un mandat de huit ans non renouvelable, assisté de procureurs adjoints nommés dans les mêmes conditions et de procureurs délégués dans les États membres, qu'il nommerait lui-même et qu'il pourrait révoquer.

Dans sa résolution du 15 janvier 2013, le Sénat avait soutenu la création d'un Parquet européen en accueillant favorablement, dans son principe, la démarche de la Commission européenne. Cependant, le Sénat s'était au contraire montré favorable à un Parquet européen de forme collégiale désignant en son sein un président, le cas échéant avec une rotation par pays, et s'appuyant sur des délégués nationaux dans chaque État membre. Cette formule souple lui apparaissait comme « la plus adaptée pour que le Parquet européen puisse progressivement s'ancrer dans les systèmes nationaux et être accepté par les praticiens des États membres ». Le Sénat semblait donc réservé sur les modalités actuelles, notamment au regard du principe de subsidiarité (v. son avis motivé – octobre 2013). Si le principe de l'existence d'un Parquet européen est désormais acquis, celui des modalités de fonctionnement n'était pas évident. L'instauration du parquet européen transfère partiellement la souveraineté des États membres en matière de criminalité financière portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union selon le règlement (UE) n° 2017/1939 du Conseil du 12 oct. 2017 (mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen). L'article 8 du règlement de 2017 prévoit que le parquet européen est un organe indivisible de l'Union fonctionnant comme un parquet unique à structure décentralisée. Au niveau central, le chef du parquet européen préside un collège, composé d'un procureur européen par État participant. Des chambres permanentes, comportant un président et deux procureurs européens, supervisent et dirigent les enquêtes. Au niveau national, ces enquêtes sont menées par les procureurs européens délégués (procureurs nationaux), qui agissent au nom du parquet européen dans leurs États respectifs (art. 13).

La protection des intérêts financiers de l'Union prévues par la directive n° 2017/1371 repose ainsi désormais sur une démarche supranationale dont l'objectif est la défense de la collectivité européenne. L'ordonnance du 18 septembre 2019 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne au moyen du droit pénal a eu pour objet de transposer la directive, et a constitué une première étape vers un renforcement de la lutte contre la fraude au niveau européen, qui sera suivie par la mise en place du futur parquet européen. C'est finalement la loi du 24 décembre 2020 qui a permis d'adapter la procédure pénale française au Parquet européen en détaillant les attributions des procureurs européens délégués, et l'articulation des compétences entre le procureur européen, les procureurs européens délégués et l'autorité judiciaire française (art. 696-108 et s. CPP). Véritable organe européen, le nouveau Parquet est en activité depuis le 1^{er} juin 2021. La première innovation concerne l'indépendance des procureurs européens délégués, contrairement à leurs homologues nationaux. La seconde innovation vise le transfert des prérogatives du juge d'instruction vers le parquet européen. C'est la principale originalité du dispositif qui réside dans le fait que le procureur européen délégué pourra recourir, afin de ne pas perdre la conduite de la procédure, à des actes qui relèvent habituellement, en droit français, de la compétence d'un juge d'instruction. La spécificité de la procédure pénale à la française se trouve ici contrariée. Le tribunal judiciaire de Paris et la cour d'appel de Paris connaissent des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne et relevant de la compétence du procureur européen.

■ La protection des droits de l'homme dans le cadre communautaire

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE) a été proclamée lors du Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000. Mais, c'est le traité de Lisbonne qui, depuis son entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, lui a donné la même valeur juridique que celle des traités. Elle est donc désormais contraignante pour les États membres et tout citoyen peut s'en prévaloir en cas de non-respect de ces droits par un texte européen. L'Union a adhéré à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. Il faut souligner que la Charte est plus étroite dans son application que la Convention européenne, dans la mesure où elle ne s'impose aux États membres qu'à l'égard du droit de l'Union.

III Quelques repères essentiels de droit pénal de fond

Le droit pénal général constitue un ensemble de règles communes à toutes les infractions. Les principes directeurs du droit pénal qui sont énumérés dans l'actuel livre 1 du Code pénal vont s'appliquer aussi bien aux infractions situées dans le Code pénal (livre 2 à 6) qu'à celles qui lui sont extérieures (dans des codes ou lois spécifiques). Le droit pénal spécial est donc assujéti au droit pénal général, le lien de soumission s'accompagnant parfois d'un lien inverse (v. *supra*).

A La distinction à opérer entre l'infraction et l'incrimination

L'infraction peut être définie comme le comportement contraire à l'ordre social (acte ou omission) prévu par la loi et qui expose celui à qui le comportement est imputable une sanction pénale. Selon le Professeur Pradel, l'infraction est « toute action ou omission que la société interdit sous la menace d'une sanction pénale »⁷².

En droit pénal spécial, l'infraction s'inscrit dans le cadre d'une équation qui est la suivante : « Infraction = incrimination + sanction pénale ».

Par exemple, selon l'article 221-1 du Code pénal, constitue l'infraction de meurtre « le fait de donner volontairement la mort à autrui » (incrimination). « Il est puni de trente ans de réclusion criminelle » (peine).

L'incrimination peut donc se définir comme la définition de l'infraction en ce qu'elle en décrit les divers éléments constitutifs (c'est-à-dire l'élément matériel et l'élément moral, tous les deux étant dans une situation d'interaction⁷³). Incriminer, c'est à la fois « nommer et diviser. Nommer une situation, un comportement, parfois inconnu jusqu'alors. Diviser l'espace social en licite-illicite et, plus précisément, restreindre l'espace de liberté par un nouvel interdit » (M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, collection Thémis, PUF, 1992, p. 306).

La norme pénale en droit pénal spécial est donc formulée selon deux techniques différentes : soit le texte contient à la fois l'incrimination et la sanction applicable, soit le texte contient uniquement l'incrimination et la sanction apparaît dans un autre, qui le plus souvent le suit immédiatement. Dans cette dernière configuration, l'incrimination et la sanction donnent lieu à des dispositions distinctes, mais complémentaires.

Illustrations

Première hypothèse (une seule disposition) :

Article 212-1 CP : « constitue également un crime contre l'humanité et est puni de la réclusion criminelle à perpétuité l'un des actes ci-après commis en exécution d'un plan concerté [...] ».

Deuxième hypothèse (deux dispositions) :

- Article 311-1 CP : « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».
- Article 311-3 CP : « le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

B Les familles d'infractions⁷⁴

Tout d'abord, le droit pénal spécial se construit sur un mode ascendant, constitué du plus petit niveau de gravité au plus grave.

1 L'infraction dite « de base »

a. Sa structure élémentaire

Elle est constituée d'un nombre restreint d'éléments purs, dénommés traditionnellement les « éléments constitutifs » (élément légal, élément moral, élément matériel). L'élément moral est l'état d'esprit de l'acteur pénal au moment de l'action coupable. L'élément matériel est l'action (parfois, l'omission) interdite. L'élément moral est donc en interaction avec l'élément matériel.

b. Ses principaux caractères

L'infraction de base présente certaines caractéristiques :

- Elle constitue le point de départ de toute la construction du droit pénal spécial.
- Elle caractérise une atteinte à un intérêt privé ou à l'intérêt général.
- Elle suppose une atteinte à des valeurs sociales de nature individuelle (la propriété, la confiance, l'intégrité physique des personnes...), ou collective (l'ordre économique, financier, social, écologique, judiciaire...).

Une infraction de base peut donner naissance à une infraction nouvelle par l'ajout d'un élément d'aggravation.

2 L'infraction dite « aggravée »

Il peut y avoir ensuite des circonstances aggravantes propres à chaque infraction de base, dans les cas prévus par la loi. On parle « d'infractions aggravées ». Autrement dit, si les infractions de base sont commises dans certaines circonstances énumérées par la loi, elles deviennent aggravées et la peine encourue est donc plus élevée. Notons au passage qu'un élément constitutif d'une infraction ne peut être en même temps une circonstance aggravante de cette même infraction.

Si les circonstances aggravantes jouent essentiellement sur la peine encourue à la faveur de son augmentation pour l'infraction considérée, elles peuvent entraîner un changement de qualification pénale (v. sur le sens de cette expression, chapitre 2, deuxième partie) sans pour autant changer la structure de l'infraction.

Pour prendre l'exemple du vol, l'article 311-4 du Code pénal prévoit toute une liste de circonstances qui font du vol simple un vol aggravé. Ces circonstances peuvent être liées à la façon dont la chose est appréhendée (usage de violences légères), au lieu où le vol est commis (gares et transports en commun), ou encore à la victime (personne vulnérable).

Une circonstance aggravante peut faire passer la peine encourue à 5 ans, deux circonstances à 7 ans et trois circonstances à 10 ans (par exemple, le vol commis avec violences, sur une personne âgée, par effraction, permet d'atteindre le sommet de l'échelle des peines correctionnelles). Ce sont des vols correctionnels aggravés. Un vol simple est également aggravé lorsqu'il est commis avec usage ou menace d'une arme (art. 311-8 CP), la peine étant portée alors à 20 ans de réclusion criminelle: la qualification, délictuelle dans sa forme la plus élémentaire (vol simple), devient criminelle par le mécanisme de l'aggravation de peine encourue, prévu dans cette circonstance particulière.

3 L'infraction dite «qualifiée»

Certaines variantes de l'infraction de base peuvent être tellement spécifiques qu'elles font l'objet d'une définition autonome: on parle alors d'infraction qualifiée. Par exemple, l'assassinat (meurtre avec préméditation – art. 221-3 CP), ou encore la criminalité organisée (infraction en bande organisée, par exemple vol en bande organisée – art. 311-9 CP).

La distinction est importante, car les circonstances aggravantes de l'infraction simple de base ne s'appliquent pas à l'infraction qualifiée qui devient autonome. Ainsi, une infraction qualifiée peut avoir ses propres circonstances aggravantes (par exemple, art. 311-9 al. 2, et 3 CP).

Le droit pénal spécial contient ensuite une famille d'infractions dont la particularité est de graviter autour d'une infraction de base.

4 L'infraction dite «dérivée» ou infraction de prévention⁷⁵

Pour éviter la violation pénale des droits protégés, certaines infractions vont appréhender des comportements dangereux très proches de ceux qui caractérisent des infractions de base⁷⁶. L'idée est de stopper les comportements à risque d'atteintes à l'ordre public, ce qui favorise l'extension du contrôle social⁷⁷. L'infraction de prévention constitue une catégorie sui generis d'incrimination par la prise en compte du risque de trouble à l'ordre public objectivement mesurable par la nature du comportement appréhendé⁷⁸.

La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a largement utilisé le procédé de l'infraction de prévention: par exemple, est érigé en infraction le simple fait d'enregistrer des images de violences (art. 222-33-3 CP)⁷⁹, ou encore le fait d'attendre un certain temps et dans un lieu déterminé une personne dépositaire de l'autorité publique, ou un sapeur-pompier, ou un agent de d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs, dans le but, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels, de commettre à son encounter des violences avec usage ou menace d'une arme (art. 222-15-1 CP)⁸⁰.

Un an avant cette loi, en 2006, le législateur avait déjà également fait largement appel à cette technique juridique en créant par exemple le délit de provocation non suivi d'effet à la corruption (art. 227-28-2 CP, loi 4 avril 2006), ou encore le délit de provocation non suivi d'effets à un crime ou délit en matière sexuelle (art. 227-28-3 CP, loi 4 avril 2006).

En 2004, c'est la provocation non suivie d'effet à un crime d'empoisonnement ou d'assassinat (« mandat criminel ») qui avait fait son apparition légale (art. 221-5-1 CP, loi 9 mars 2004)⁸¹.

Depuis 1992, la provocation des mineurs à commettre des actes illicites ou dangereux (art. 227-18 et s.) est inscrite dans le Code pénal.

Dans le même ordre d'idée, la loi du 5 août 2013 a également incriminé la provocation non suivie d'effet à des mutilations sexuelles (art. 227-24-1 CP). Est aussi incriminé, depuis la loi du 30 juillet 2020, de façon autonome, le fait de commanditer un acte de torture ou de barbarie (C. pén., art. 222-6-4) et le fait de commanditer un viol (art. 222-26-1). Par ailleurs, le législateur introduit un mandat délictuel en incriminant le fait de commanditer une agression sexuelle (art. 222-30-2).

À l'égard de ce type d'infraction, « le droit pénal spécial devient « une cause de défiguration »⁸² du droit pénal général : en effet, une complicité non punissable, ou une tentative non punissable, est érigée en infraction autonome.

Les nouvelles techniques de prévention ont cette particularité d'appréhender la partie « immergée »⁸³ de la criminalité. Le risque est la dénaturation de l'objet du droit pénal, ce dernier devenant « un instrument de régulation des comportements individuels »⁸⁴.

5 L'infraction « obstacle », variante de l'infraction de prévention

Situation spécifique d'infraction de prévention, l'infraction obstacle est une incrimination par anticipation, dirigée vers la réalisation redoutée d'une autre infraction. Cette situation infractionnelle gravite en effet là encore principalement autour d'une infraction de base : elle vient incriminer l'acte préparatoire (sur la notion, v. fiche 6) à une infraction de base donnée. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'exemple type était la fabrication de fausse clef. L'actuel Code pénal en contient également (par exemple, est incriminée spécifiquement la résolution criminelle avec « l'association de malfaiteur » – art. 450 CP), et de plus en plus (par exemple, la loi du 2 mars 2010 a créé le délit de participation à un attroupement ou à un groupement, même formé de manière temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens (art. 222-14-2 CP)⁸⁵. L'exemple significatif se trouve dans l'article R. 645-14, créé par le décret du 19 juin 2009, et aux termes duquel « est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public ». La loi du 13 novembre 2014 a créé une nouvelle infraction obstacle : l'entreprise individuelle terroriste, incriminée par le nouvel article 421-2-6 du Code pénal. Il s'agit d'incriminer la préparation, par un individu agissant seul, d'un des actes de terrorisme limitativement énumérés, préparation qui doit être caractérisée par la réalisation, dans un but terroriste, de plusieurs actes matériels.

6 L'infraction dite «de conséquence»

Un individu peut s'associer à une infraction pénale qu'après sa commission, pour en tirer profit ou assister ses auteurs. Il s'agit en quelque sorte d'un acte de «complicité *a posteriori*». Si cet acte est directement incriminé par le législateur, il devient une infraction de conséquence. Par exemple, le recel (art. 321-1 CP)⁸⁶.

Ce type d'infraction repose sur une condition préalable à l'infraction⁸⁷ : en l'espèce, la réalisation d'une infraction principale. La caractérisation de l'infraction de conséquence ne peut intervenir qu'à partir de faits antérieurs eux-mêmes constitutifs d'une infraction principale.

Enfin, il faut terminer cette présentation des familles d'infractions par l'infraction dite «d'intérêt général».

7 L'infraction dite d'«intérêt général»

Il existe un certain nombre d'infractions qui n'atteignent traditionnellement que l'ordre public : ce sont les infractions dites d'«intérêt général». Cette situation est apparue pour la première fois en 1913⁸⁸. Depuis, la jurisprudence lui a assigné un domaine de plus en plus large (d'abord en matière économique, puis aux infractions bancaires, à la corruption, etc.)⁸⁹. Ces infractions ont la particularité de ne léser que la majorité des citoyens, en s'attaquant uniquement à la morale publique, et non une personne déterminée. Aucune personne victime ne peut donc être déclarée recevable à l'action civile au pénal (sur l'action civile, v. *infra*, p. 40). Autrement dit, aucun intérêt privé n'est lésé par la commission de l'infraction. Cependant, depuis quelques années, le domaine des infractions d'intérêt général recule⁹⁰ : d'une part, la jurisprudence admet désormais que si certains textes sont édictés en vue de l'intérêt général, ils ne tendent pas moins également à la protection des particuliers⁹¹. D'autre part, la jurisprudence admet qu'une infraction lézant l'intérêt général peut également atteindre, outre un intérêt privé, un intérêt public à tel point que l'État se voit reconnaître le statut de victime au pénal pour réclamer la réparation du préjudice qui lui propre (le discrédit jeté sur la fonction publique)⁹². Pour autant, la théorie de l'infraction d'intérêt général demeure, et s'applique encore à quelques infractions. Par exemple, les infractions douanières⁹³.

IV Quelques repères essentiels de droit pénal de forme

Le droit pénal de forme (ou «procédure pénale») est destiné à mettre en œuvre le droit pénal en définissant les règles applicables à l'organisation, à la compétence des juridictions et au déroulement du procès.

Le droit pénal est un droit judiciaire : il ne peut recevoir son application que par un procès et à la suite d'un procès. Ce dernier doit permettre de déterminer si l'individu poursuivi pour avoir commis une infraction est ou non responsable pénalement.

Les règles du procès pénal doivent assurer aux personnes le maximum de liberté compatible avec les nécessités de la recherche de la vérité (par exemple, au stade de l'enquête, les officiers de la police judiciaire procédant à une garde à vue doivent dès le début de la garde-à-voir informer le plus rapidement possible le procureur de la République pour qu'il opère un contrôle de la mesure (art. 63 CPP), et, après de nombreux débats judiciaires en droit interne et droit international⁹⁴, l'avocat est désormais présent dès le début de la garde-à-voir (art. 63-3-1

et s., loi 14 avril 2011)⁹⁵. Le droit pénal de forme est réglementé dans le Code de procédure pénale, adopté le 31 décembre 1957, promulgué le 23 décembre 1958, et entré en vigueur le 2 mars 1959, succédant alors au vieux Code d'instruction criminelle de 1808 (mis en vigueur en 1811, le code napoléonien a régi la procédure pénale pendant près de 150 ans).

Le Code débute par un article préliminaire au Code, issu de la loi du 15 juin 2000⁹⁶:

« III. – Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi ». La présomption d'innocence est formulée en tant que principe directeur de toute la procédure pénale.

Une réforme de grande ampleur est en débat, qui devrait aboutir à l'adoption d'un nouveau Code de procédure pénale⁹⁷.

Le procès pénal se décompose actuellement en quatre étapes. Il commence par une première phase : la phase policière (enquête de police). S'en suit alors, en cas de déclenchement des poursuites (deuxième phase), un processus judiciaire, nécessitant parfois une instruction (troisième phase), dans le but de récolter des éléments de faits à charge et à décharge, puis un jugement (quatrième phase) –, v. tableau, *infra*.

A Les enquêtes de police

La police va devoir constater elle-même, ou à la suite d'une plainte (émane de la victime) ou d'une dénonciation (émane d'un tiers), l'existence de faits apparemment constitutifs d'une infraction. Elle se livre à une enquête, va rechercher des éléments de faits, et peut placer à cette fin en garde à vue, sous l'autorité d'un magistrat : le procureur de la République. C'est le procureur de la République (ministère public) qui va poursuivre, au nom de l'État, l'auteur présumé de l'atteinte à l'ordre public.

Selon que l'infraction vient de se commettre ou non, il y a enquête de flagrant délit ou enquête préliminaire. Il importe de distinguer ces deux types d'enquêtes policières car, dans le cas de l'enquête de flagrant délit, le policier a un pouvoir coercitif plus important sur les individus.

À la fin de l'enquête, les policiers en transmettent les résultats au procureur de la République. En effet, sur cette base, c'est lui qui va prendre la décision de poursuivre ou non, décision qui lui incombe au premier chef (la victime ne pouvant prendre la décision que par la suite, par le biais de son action civile au pénal v. *infra*).

Le procureur n'est pas obligé de saisir les tribunaux : il peut décider de classer l'affaire, saisir les tribunaux, ou encore prendre une solution intermédiaire.

B Le déclenchement des poursuites

À ce stade, le rôle du procureur de la République (représentant du « ministère public » ou « Parquet »⁹⁸) est principalement de saisir les tribunaux : il est donc « partie principale » en tant que titulaire de l'action publique⁹⁹, c'est-à-dire l'action ayant pour objet de déterminer l'auteur de l'infraction et de le juger.

Dans son arrêt *Moulin contre France*, la Cour avait indiqué que les membres du ministère public ne pouvaient être considérés comme « juges » au sens de l'article 5 § 3, à même d'exercer ce contrôle juridictionnel (CEDH, 23 nov. 2010, n° 37104/06)¹⁰⁰. Dans son arrêt en date du 27 juin 2013 (n° 62736/09, *Vassis c. France*), la Cour européenne réaffirme que le Parquet n'est pas une autorité judiciaire. Dans deux arrêts du 22 octobre 2013, la chambre criminelle de la Cour de cassation a tiré les conséquences des arrêts *Medvedyev* et *Moulin* de la Cour européenne des droits de l'homme, considérant que les magistrats du Parquet ne peuvent autoriser seuls une mesure de géolocalisation qui « constitue une ingérence dans la vie privée » nécessitant le contrôle d'un juge. À l'occasion de la loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, le législateur n'a pas suivi les exigences posées par le juge pénal, puisqu'il est désormais légal de procéder à une géolocalisation au stade de l'instruction, mais aussi au stade de l'enquête sans autorisation préalable d'un juge (par le procureur de la République, dans un temps plus limité que la géolocalisation prononcée par un juge – art. 230-33, 1° CPP, et même de manière provisoire par un officier de police judiciaire en cas de risque imminent de déperissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens – art. 230-35 CPP).

Le particularisme d'un parquet de plus en plus spécialisé tend à se développer : alors que la loi organique du 6 décembre 2013 a créé un « procureur de la République financier », la loi du 23 mars 2019 a créé un procureur antiterroriste. V. également le « parquet numérique », dans le cadre de la loi *Avia* du 24 juin 2020 alors qu'il existe déjà un service d'enquête spécialisé PHAROS pour détecter les contenus illicites, ou la loi organique du 13 juin 2025 fixant le statut du procureur de la République anti-criminalité organisée.

1 Déclenchement par le ministère public

Contrairement aux magistrats du siège, en charge de la fonction d'instruction ou de jugement, les magistrats du ministère public ne sont pas des juges¹⁰¹, mais une partie au procès pénal, partie principale et nécessaire, car lui seul est titulaire de l'action publique. Il est ainsi nommé « partie publique ». C'est la raison pour laquelle il est présent à tous les stades du procès pénal. Il a cependant un rôle particulièrement actif au stade des poursuites. À l'issue de l'enquête de police, et quels qu'en soient les résultats, le ministère public a le choix entre, soit classer l'affaire sans suite, soit saisir les tribunaux en vue de sanctionner l'auteur présumé de l'infraction, soit, avec l'accord de l'individu, lui proposer une solution alternative à la procédure judiciaire (par exemple, la composition pénale, ou encore la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité). La loi du 23 mars 2019 a élargi considérablement leur champ d'application. La transaction pénale issue de la loi du 15 août 2014 a quant à elle été supprimée par la loi du 23 mars 2019.

Le ministère public saisit les tribunaux que lorsqu'il le juge opportun : c'est ce que l'on nomme le « principe de l'opportunité des poursuites ». Dans ce cadre, il est le premier magistrat à opérer la qualification pénale des faits (v. *infra*, p. 401).

Il importe de bien faire la distinction entre le titulaire de l'action publique et celui qui exerce l'action publique. Même lorsque la victime déclenche le procès pénal, le ministère public demeure partie principale, et donc demeure toujours présent au procès pénal.

En application de l'article 30 du Code de procédure pénale, le garde des Sceaux conduit la politique d'action publique déterminée par le gouvernement.

Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République». Dans ce cadre, le garde des Sceaux peut adresser aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique par voie de circulaires. Depuis la loi du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, « il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles » (art. 30 CPP, mod.). Il s'agit d'une première étape vers l'indépendance du Parquet à l'égard de l'exécutif. Indépendance et autonomie des procureurs sont au cœur des préoccupations du Conseil de l'Europe : une charte portant sur les normes et principes européens concernant les procureurs a été par exemple adoptée, la Charte de Rome du 17 décembre 2014, avis n° 9 du Conseil consultatif des procureurs européens (CCPE), destinée à compléter la recommandation en date du 6 octobre 2000 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale.

2 Déclenchement par la victime

Certaines infractions peuvent ne donner lieu qu'à une action publique¹⁰². Mais, le plus souvent, en même temps qu'elle provoque un trouble à l'ordre social, la violation de la loi pénale lèse un intérêt privé en provoquant un dommage corporel, matériel ou moral. L'infraction donne alors naissance à une action différente, destinée à réparer le préjudice éprouvé par la partie lésée : l'action civile. Celle-ci est portée soit devant la juridiction répressive compétente pour juger l'action publique, nécessairement accessoire à cette dernière¹⁰³, soit devant une juridiction civile. Cette alternative est libre, mais une fois opérée, le choix est en principe définitif et irrévocable (« *electa una via, non datur recursus ad validatem* »). Le principe est consacré par l'article 5 du Code de procédure pénale.

Si la voie pénale est choisie au regard de l'action civile (encore faut-il pouvoir justifier d'un préjudice direct et personnel né de l'infraction, conformément aux articles 2 et 3 du Code de procédure pénale), la victime peut déclencher elle-même les poursuites pénales si le ministère public ne le fait pas lui-même. Elle va donc agir par voie d'action et mettre en mouvement l'action publique en même temps que sa propre action en réparation du préjudice. Pour cela, deux moyens procéduraux sont mis à sa disposition : la citation directe devant la juridiction de jugement, ou la plainte avec constitution de partie civile adressée directement au juge d'instruction¹⁰⁴. Des conditions de forme sont parfois exigées (plainte préalable de la victime, et absence de réponse du ministère public dans les trois mois – exception en matière de crimes, et certains délits). Dans l'hypothèse où le ministère public a décidé de poursuivre l'infraction, la victime agira par voie d'intervention en greffant son action civile sur l'action publique du ministère public.

Notons le procédé de la plainte électronique pour faciliter l'action de la victime (article 15-3-1 CPP, loi 23 mars 2019), sans pour autant pouvoir s'imposer à elle.

C La phase de l'instruction

Pour les procès importants, c'est-à-dire pour les infractions les plus graves (les crimes), ou lorsque l'affaire est complexe, et qu'elle n'a pas été suffisamment élucidée pour les infractions de moyenne gravité (les délits), la phase judiciaire commence par une instruction « préparatoire », c'est-à-dire une recherche de preuves à charge et à décharge sur la personne dénommée dans la plainte ou une personne inconnue dans le cadre d'une plainte contre X, effectuée par le juge d'instruction.

Pour la compétence territoriale, c'est le lieu de l'infraction, de la résidence du mis en examen, le lieu d'arrestation ou encore de détention. Si le juge d'instruction s'estime incompétent, il doit rendre une ordonnance de refus d'informer. Dans l'hypothèse inverse, il doit informer.

À cet égard, le juge d'instruction dispose d'un certain nombre de pouvoirs. Il peut mettre un individu en examen s'il existe contre lui au moins des indices graves ou concordants de culpabilité. Cette mise en examen déclenche le bénéfice des droits de la défense.

À partir du moment où l'on est mis en examen, il peut y avoir un risque pour les libertés individuelles dans la mesure où ce statut peut permettre une détention provisoire (détention avant jugement), pour des motifs liés à la conservation des preuves, ou encore au trouble à l'ordre public, alors même que la personne soupçonnée est présumée innocente¹⁰⁵, conformément à l'article préliminaire du Code de procédure pénale issu de la loi du 15 juin 2000. En l'absence de texte qui renverserait la charge de la preuve, la présomption d'innocence a pour effet de dispenser la personne suspectée ou poursuivie d'établir son innocence. Le fardeau de la preuve de culpabilité (celle-ci pouvait s'opérer par tous moyens) pèse sur le demandeur : le ministère public, et la victime dans le cas où elle a agi par voie d'action. La présomption est donc une règle de protection de la liberté. Le problème de la détention provisoire se pose donc avec acuité dans l'hypothèse d'une ordonnance de non-lieu.

À la fin de l'instruction, le juge d'instruction prend une ordonnance (attention, il ne juge pas l'affaire). Il peut alors soit renvoyer (ordonnance de renvoi) le mis en examen devant une juridiction de jugement, soit prendre une ordonnance de non-lieu si les faits ne sont pas caractérisés ou si l'auteur demeure inconnu.

La loi du 5 mars 2007, tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale après l'affaire d'Outreau, avait instauré le principe de la collégialité de l'instruction. Cette réforme a été plusieurs fois reportée et la loi de finances du 31 décembre 2010 a fixé son entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014. La collégialité ne serait « pas forcément systématique dans l'instruction des dossiers », mais interviendrait « à certains moments de décision, à certains moments de la procédure, lorsqu'il s'agit de prendre des actes particuliers » (V. projet de loi déposé le 24 juillet 2013, n° 1323, instituant une collégialité de l'instruction à la demande des parties ou des magistrats sur justification). Ce projet de loi ne pouvant finalement pas, en l'état du calendrier parlementaire, être définitivement adopté avant le 1^{er} janvier 2014, il a été décidé, dans le cadre de la loi de finances 2014, un report pour un délai d'un an, soit au 1^{er} janvier 2015. La loi de finance pour 2015 du 29 décembre 2014 a fixé un nouveau report... au 1^{er} janvier 2017 (sic). Finalement, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a simplement mis un terme définitif à cette collégialité (art. 25).

D La phase de jugement

En cas de charges suffisantes pour que la personne soit jugée, la personne est alors renvoyée devant le tribunal correctionnel s'il semble s'agir d'un délit, ou devant une Cour d'assises si la qualification provisoire (sur la qualification, *infra*, p. 401) est celle de crime.

En matière de contravention, le ministère public ou la victime doit poursuivre une personne dénommée devant le tribunal de police.

La loi du 10 août 2011 introduit les « citoyens assesseurs » pour certains délits relatifs aux personnes, créant ainsi le tribunal correctionnel à formation citoyenne (3 juges, 2 citoyens assesseurs). L'arrêté du 18 mars 2013¹⁰⁶ a mis fin à l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de « citoyens assesseurs » au fonctionnement de la justice pénale¹⁰⁷.

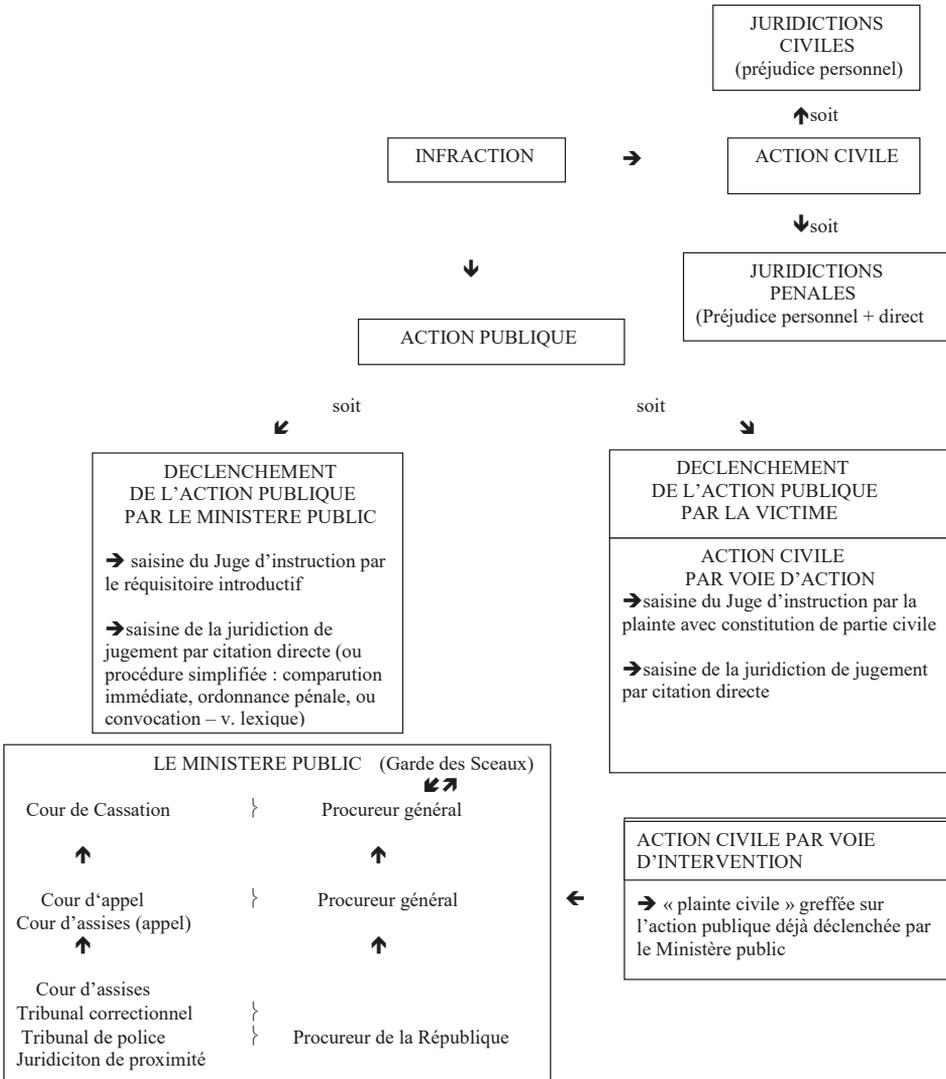
Il existe un double degré de juridiction avec la possibilité de faire appel de la décision rendue. L'appel est porté devant la Cour d'appel en sa chambre correctionnelle. En cas de crimes, l'appel n'existe que depuis la loi du 15 juin 2000, et le système est celui de l'appel tournant car il s'effectue devant une Cour d'assises siégeant en appel.

En matière d'assises, des jurés siègent aux côtés des magistrats professionnels. Le Conseil constitutionnel a déclaré la procédure conforme à la Constitution, dans le cadre du contrôle *a posteriori* (décision QPC 2011-112115, 1^{er} avril 2011). Dans ce domaine, une expérimentation a été opérée avec la loi du 23 mars 2019 : l'institution pour trois ans d'une Cour criminelle en première instance pour juger certains crimes sans jury, Un arrêté du 25 avril 2019 a fixé la liste des sept départements participant à cette expérimentation : Ardennes, Calvados, Cher, Moselle, Réunion, Seine-Maritime, et Yvelines. L'appel contre la décision de la cour criminelle est porté devant la cour d'assises d'appel qui existe actuellement (3 magistrats et 9 jurés), ce qui ne modifie pas la situation actuelle. La loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a finalement étendu la compétence des cours criminelles départementales à l'ensemble du territoire national. Cinq magistrats professionnels sont désormais compétents pour juger les individus accusés d'avoir commis un crime puni de quinze ou vingt ans de réclusion criminelle lorsque ceux-ci sont majeurs et qu'ils ne se trouvent pas en état de récidive légale (mécanisme déclaré conforme à la constitution : Cons. const. 24 nov. 2023, n° 2023-1069/1070 QPC). Ont été ainsi insérés dans le code de procédure pénale les nouveaux articles 181-1 et 181-2. En outre, un sous-titre II intitulé « de la cour criminelle départementale » vient compléter le titre 1^{er} du livre II dudit code, regroupant les nouveaux articles 380-16 à 380-22.

La décision judiciaire ne sera définitive qu'après l'épuisement des voies de recours, ou l'épuisement des délais pour intenter un recours. La décision revêt alors la force de chose jugée. Exceptionnellement, la décision pourrait être révisée s'il est vraisemblable qu'il y ait eu erreur judiciaire (pouvoi en révision), ou modifiée si une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme révèle que la condamnation a été prononcée en violation d'un droit fondamental reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (v. *supra*)¹⁰⁸.

Un avant-projet du futur Code de procédure pénale a été rédigé le 1^{er} mars 2010. Dans ce cadre, le juge d'instruction devait être supprimé. Déjà en 1990, le projet de réforme de la commission Delmas-Marty avait clairement proposé un système pénal de type accusatoire, et la suppression du juge d'instruction avait été envisagée.

Le fonctionnement de l'action publique



Le fonctionnement du procès pénal

ENQUÊTE	POURSUITES	INSTRUCTION PRÉPARATOIRE	JUGEMENT
OFFICIER DE LA POLICE JUDICIAIRE	MINISTÈRE PUBLIC	JURIDICTIONS D'INSTRUCTION	JURIDICTIONS DE JUGEMENT
Rassemble les preuves et découvre les auteurs	Titulaire de l'action publique	Juge de l'instruction Chambre de l'instruction	Tribunal de police Tribunal correctionnel Cour d'assises/ Cour criminelle départementale
Rassemble les preuves et découvre les auteurs Procès-verbal Enquête préliminaire ou Enquête de flagrance Garde à vue	Titulaire de l'action publique Déclenche ou non l'action publique Alternative aux poursuites (cas spécifiques)	Instruction à charge ou à décharge Saisine « in rem » (sur les faits) Actes d'investigation (commission rogatoire : officier de police judiciaire) Étape obligatoire pour les crimes Mise en examen Détenition provisoire Ordonnance de non-lieu ou Ordonnance de renvoi/ Ordonnance de mise en accusation	Tribunal de police Tribunal correctionnel Cour d'assises/ Cour criminelle départementale Chambre correctionnelle (Cour d'appel) ou Cour d'assises (statuant en appel)

V Le rapport du droit pénal avec les sciences pénales

D'autres matières gravitent autour du droit pénal stricto sensu : la criminalistique, la criminologie, la sociologie criminelle, la politique criminelle et la philosophie pénale.

Dans ce paysage diversifié, les sciences pénitentiaires occupent une place transversale en s'intéressant aux problèmes pénitentiaires (la population carcérale¹⁰⁹, le personnel, les droits des détenus, les conditions de détention, l'organisation des prisons...).

Déjà en 1950, dans son ouvrage intitulé « traité élémentaire de sciences pénitentiaires et de défense sociale », Jean Pinatel¹¹⁰ étudie les problèmes pénitentiaires et les problèmes de défense sociale. Auparavant, il avait déjà publié en 1945 un « Précis de science pénitentiaire ».

Plus spécifique, la pénologie est une science juridique s'intéressant exclusivement au domaine de la sanction répressive. En 1991, le professeur Bernard Bouloc publie son ouvrage « Pénologie »¹¹¹.

Du point de vue scientifique, la science pénitentiaire est parfois associée au droit pénal (Revue pénitentiaire et de droit pénal, créée en 1877 par la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle, actuellement dirigée par le Professeur J. Pradel¹¹², est la plus ancienne publication française traitant de droit pénal au sens large – 4 numéros par an), parfois à la criminologie (v. J. Languier, Criminologie et Science pénitentiaire, éd. Dalloz, 2005).

A La criminalistique

Il s'agit de la recherche des infractions et des coupables par des voies scientifiques. Elle comprend trois branches distinctes et une quatrième, en plein développement :

- La médecine légale consiste dans un examen du corps humain qui va permettre de déterminer les causes d'un décès, ou le type d'arme utilisé. Pratiquée sur une personne vivante, elle permettra de déterminer les dommages.
- La toxicologie, science des poisons, va renseigner sur les effets qui sont produits par certaines substances. Par exemple, déterminer le caractère mortifère ou non d'un produit qui a été administré à une personne.
- La police scientifique a pour objet l'identification des circonstances de l'infraction, grâce à un examen des traces laissées par le délinquant (les empreintes digitales, l'ADN, la balistique...).
- Le profilage criminel permet d'interférer à partir des scènes de crime le profil psychologique de l'auteur de l'infraction. À cet égard, il faut citer aussi dans le même ordre d'idées les fichiers d'analyse criminelle qui permettent de détecter la sérialité de certaines infractions grâce au traitement des informations contenues dans les procédures. Légalisé en 2009, le Système d'analyse des liens de la violence associée aux crimes (SALVAC) a ainsi pour objet « de faciliter la constatation des crimes et délits portant atteinte aux personnes et présentant un caractère sériel, d'en rassembler les preuves et d'en identifier les auteurs, grâce à l'établissement de liens entre les individus, les événements ou les infractions pouvant mettre en évidence ce caractère sériel (décret du 23 juin 2009, Journal officiel, n° 145, p. 10501, texte 17).

B La criminologie

« Il n'existe pas plus aujourd'hui qu'hier de définition uniforme de celle-ci »¹¹³. Dès l'origine, il y a combinaison entre l'approche juridique et l'approche criminologique. De manière générale, la criminologie a pour objet de s'intéresser principalement à l'étude du phénomène criminel, le concept de passage à l'acte étant largement développé.

Science développée en Italie à la fin du XIX^e siècle, elle recherche les causes, tant sociales que individuelles, des actes criminels et s'intéresse aux comportements de ceux qui les commettent. Il s'agit d'étudier les facteurs endogènes (hérédité, âge, troubles psychologiques) et les facteurs exogènes (milieu familial, social, économique) présents dans la personnalité de chaque délinquant.

Trois auteurs italiens ont développé la criminologie en Europe (v. *infra*, p. 54). À partir de « L'homme criminel » publié en 1876, le droit pénal et la criminologie ont donc connu « des mésententes »¹¹⁴.

De manière parallèle, Gabriel Tarde, juge d'instruction, se confronte aux idées de Lombroso, et s'intéresse à la criminologie. En 1887, il débute sa collaboration aux Archives de l'anthropologie criminelle, revue fondée par Alexandre Lacassagne, médecin-légiste à Lyon.

Dès 1922, la criminologie a son Institut¹¹⁵.

En 1960, Jean Pinatel publie «La criminologie», en 1960. L'auteur considère qu'il faut distinguer la criminologie générale (criminologie biologique, criminologie psychique, criminologie sociologique) et la criminologie spécifique («approche multidisciplinaire du cas individuel, à l'aide des principes et des méthodes des sciences criminologiques ou criminologies spécialisées»). En 1963, il publie un «Traité de droit pénal et de criminologie», avec Pierre Bouzat.

À travers «La défense sociale nouvelle» (infr), Marc Ancel a également contribué au développement de la criminologie.

À l'étranger, après la deuxième guerre mondiale, l'École d'Utrecht aux Pays-Bas développe la criminologie¹¹⁶.

Il faut mentionner le rôle particulier de la criminologie, science pure, dans la naissance d'une science appliquée, tournée vers la victime : la victimologie. En 1960, au Canada, D. Szabo crée l'École de criminologie, et joue un rôle dans le développement de cette nouvelle science criminologique.

Quelques revues de criminologie à l'étranger sont consacrées spécifiquement à cette science : par exemple, en Belgique, la Revue de droit pénal et de criminologie, ou au Canada la revue *Criminologie*, pays où la criminologie est une science déjà bien développée.

C De la sociologie criminelle à la sociologie du droit pénal

Selon Jean Carbonnier, dans «Sociologie juridique» (éd. Themis-PUF, 1978), «la sociologie du droit pénal qui étudie le phénomène de la répression, la réaction de la société non délinquante au délit, est quelque chose d'essentiellement différent de la sociologie criminelle qui étudie le phénomène de la criminalité, le passage à l'acte des délinquants».

En 1884, Enrico Ferri (1856-1929), Professeur à l'Université de Rome, publie «La sociologie criminelle». Il sera cofondateur de l'École pénale italienne avec Garofalo et Lombroso (v. *infra*, l'école positiviste, p. 54). Dans son ouvrage, il établit les thèses de l'anthropologie criminelle. Pour autant, E. Ferri ne s'enferme pas dans une vision strictement anthropologique contrairement à Lombroso, ce qui permet le développement de la sociologie criminelle en mettant en évidence la pluralité des causes de la délinquance. Il décrit cinq facteurs de la délinquance : les «criminels aliénés» (y appartiennent les personnes oscillant entre la raison et la folie, situées en «zone mitoyenne» selon l'expression de E. Ferri, et ce qu'il appelle les «crimes très affreux»¹¹⁷), les «criminels-nés», les «criminels par habitude», les «criminels par emportement de passion», les «criminels d'occasion»¹¹⁸. Pour E. Ferri, «la différence entre les cinq catégories n'est que de degré, pour leurs caractères soit organiques soit psychologiques, et pour l'influence du milieu physique et social».

Pour E. Ferri, la sociologie criminelle a trois objets d'étude : «le crime, le criminel et le moyen adapté à la défense sociale».

La sociologie pénale ou sociologie de la délinquance renvoie aujourd'hui à l'analyse sociale du phénomène criminel. Il s'agit d'étudier la façon dont l'État va incriminer et sanctionner les comportements sociaux illicites, va établir les modalités des poursuites, et organiser le procès pénal.

L'activité de la police, celle du parquet, et celle du législateur, y sont tout autant étudiées.

Avec la publication de son livre « Surveiller et punir : la naissance de la prison » (1975), Michel Foucault a donné à la criminologie un nouveau mode de pensée orienté davantage sur la branche sociologique. Le Professeur Ph. Robert¹¹⁹ est aussi connu pour ses recherches portant principalement sur la théorie sociologique appliquée au droit pénal et à la justice pénale.

D La politique criminelle et la philosophie pénale

1 La politique criminelle

Cette science a pour objectif de rechercher les meilleurs moyens de prévenir et de réprimer la délinquance. La politique criminelle ne relève ni spécialement du droit public ni spécialement du droit privé. Il s'agit d'une politique publique dont le droit pénal est le noyau dur, mais qui le dépasse.

L'expression n'a été utilisée qu'à la fin du XVIII^e siècle par des auteurs allemands : Kleinschrow, Feuerbach. Ils conçoivent la politique criminelle comme un art législatif. Pour Feuerbach, la politique criminelle est « l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'État réagit contre le crime » (Feurbach, Manuel de droit pénal, 1803).

Henri Donnedieu de Vabres, professeur de droit à Montpellier puis à Paris¹²⁰, est un des premiers spécialistes du droit pénal à s'intéresser à la politique criminelle¹²¹.

Le professeur Mireille Delmas-Marty¹²² définit quant à elle la politique criminelle comme « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise la réponse au phénomène criminel »¹²³.

M. Delmas-Marty présente le double visage de la politique criminelle : 1° une science d'observation tendant à savoir ce qui effectivement est pratiqué dans un État déterminé 2° un art, une stratégie tendant à découvrir les meilleures recettes pour lutter avec efficacité contre le crime et inspirant ainsi le législateur (*in* « Les Grands systèmes de politique criminelle », PUF, 1992, p. 64). L'auteur y met en évidence les « mouvements » de la politique criminelle.

Dans cette perspective, l'étude « des grands systèmes de politique criminelle » ne se limite pas à la comparaison des systèmes de droit pénal, mais englobe les autres formes du contrôle social et leur place par rapport au droit pénal (ouv. préc., p. 14).

Michel Van de Kerchove a largement contribué à l'analyse des mouvements de dépenalisation (« Le droit sans peine », Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987).

Le professeur Christine Lazerges a également mené de nombreuses recherches de politique criminelles avec son équipe de recherche de Montpellier 1, de 1983 à 2003. Selon Christine Lazerges, la politique criminelle est « une réflexion épistémologique, un décryptage du phénomène criminel, et des moyens mis en œuvre pour lutter contre les comportements de déviance et de délinquance » ; elle est également une stratégie juridique et sociale, fondée sur des choix politiques pour répondre avec pragmatisme aux problèmes posés par la prévention et la répression du phénomène criminel entendu largement »¹²⁴.

En 1975, une revue est aussi consacrée à cette science : Les Archives de politique criminelle, fondée par Marc Ancel.

Fondée en 1936, la Revue de sciences criminelles et de droit pénal est dirigée par Henri Donnedieu de Vabres et Louis Huguéney. Marc Ancel en est alors le rédacteur en chef.

La Revue spécialisée, à travers ses différentes chroniques, reflète les grands mouvements de la pensée et de la pratique juridiques dans le champ pénal (4 numéros par an).

L'Association Internationale de Droit pénal réunit des spécialistes des sciences pénales. Créée en 1924, en tant que refondation de l'Union Internationale de Droit Pénal (1889), ses domaines principaux d'activité sont : la politique criminelle et la codification du droit pénal, le droit pénal comparé, les droits de l'homme dans l'administration de la justice pénale, et le droit pénal international (en particulier, la justice pénale internationale).

2 La philosophie pénale

Gabriel Tarde est connu pour son ouvrage *La Philosophie pénale* (1890), dans lequel il a refondé une théorie de la responsabilité.

De manière académique, elle est la philosophie du droit pénal. Plus précisément, la philosophie pénale vise « à dévoiler à travers le caractère normatif du droit pénal, ce qui fonde le pénal et renvoie à sa finalité » (Stamatios Tzitzis)¹²⁵.

VI Les principales constructions historiques et doctrinales du droit pénal

A Un peu d'histoire du droit pénal : de la stabilité d'une codification rationnelle aux réformes

1 La réaction privée

Aux origines, et jusqu'au XIII^e siècle, il y a vengeance privée. Cette forme de riposte élémentaire à l'infraction a pour principale caractéristique d'être non proportionnée au mal causé. Parfois individuelle, lorsqu'elle est le fait de la victime ou du chef de famille (si l'infraction est causée par le membre d'un même groupe), cette vengeance est le plus souvent collective dans la mesure où elle est le fait du groupe (clan, tribu, famille) auquel appartient la victime. Très vite, elle va davantage s'organiser pour éviter une « vendetta perpétuelle ». L'église va tout d'abord prôner la modération, et instituer des périodes d'exclusion de toute forme de vengeance (droit d'asile, trêves de dieu).

Ensuite, il existe des procédés afin de circonscrire le champ de la répression. Par exemple, l'abandon noxal est une procédure du droit romain par lequel le pater familias abandonne son *alieni iuris* (femme, enfant, esclave...) à la vengeance de la victime d'un acte commis par ce dernier, permettant ainsi d'épargner ceux qui sont étrangers à la commission de l'infraction. Le châtement peut aussi être mesurée par la célèbre « loi du talion » (« œil pour œil, dent pour dent »). À l'époque, ce système se présente comme un adoucissement en instaurant une certaine proportionnalité de la riposte au mal infligé. Enfin, apparu avec le droit romain, le régime des compositions permet de limiter le recours à la violence pour des délits mineurs : la victime ou le groupe renonce à la vengeance sous la forme d'une compensation financière, au départ fixée par les parties, puis ensuite tarifée par la coutume.

Progressivement, au fur et à mesure de l'organisation de la société, et de la centralisation du pouvoir, la vengeance n'est plus privée; et les délits publics se multiplient dans la mesure où un certain nombre de comportements portent atteintes à l'organisation sociale. Les délits publics se substituent ensuite progressivement aux délits privés, et l'État prend la place de la victime ou du groupe auquel elle appartient. L'action punitive appartient alors à la société: elle est exercée devant l'autorité judiciaire et la peine est infligée au nom de la société. La justice publique s'impose.

2 De la réaction publique à la réaction légaliste

Pendant cette phase de mutation, il est possible de distinguer trois grandes périodes: depuis l'Ancien régime jusqu'au XVIII^e siècle, puis la Révolution française et une période d'instabilité qui s'est développée au cours de laquelle se sont succédés les systèmes répressifs, jusqu'à l'adoption du Code pénal de 1810.

Il est difficile de présenter en quelques lignes les cinq siècles de droit pénal de l'Ancien régime¹²⁶. À l'évidence, le droit pénal était principalement, pendant longtemps, coutumier: la définition des infractions et des peines n'était pas fixée par la loi, mais par la coutume. Cette période a duré longtemps. La technique du « haro » est par exemple une ancienne coutume normande utilisée pour assigner en justice, notamment pour toutes sortes de délits (vol, larcins, incendies...). Le droit pénal était en outre empreint de religiosité: des comportements contraires à la morale ou à la religion sont érigés en infraction (blasphème, hérésie...). Le droit pénal y est enfin sévère: les peines infligées sont conçues pour neutraliser et intimider l'auteur de l'infraction (langue coupée, pendaison...).

Dès la fin du XVII^e siècle, la justice ecclésiastique, moins répressive (avec ses « officialités »), va disparaître progressivement au bénéfice de la justice du Roi, même s'agissant des crimes contre la religion. La justice royale de l'Ancien Régime se caractérise non seulement par des peines cruelles (supplice de la roue, écartèlement, bûcher, galères, mutilations, marque au fer rouge), et par un arbitraire évident (lettre de cachet arbitraire, absence de codification, large pouvoir reconnu au juge), mais aussi par une procédure elle-même particulièrement sévère (tortures...).

L'unique texte français quelque peu construit de l'époque est certainement la grande Ordonnance royale de Saint-Germain-en-Laye de 1670 (Louis XIV), laquelle organise la procédure, et non le droit pénal stricto sensu. Ce texte est d'ailleurs en partie repris dans ces principes, au-delà de la Révolution, par le Code de l'instruction criminelle de 1808, rédigé sous l'empereur Napoléon. Les grandes règles alors établies s'appliquent en substance encore aujourd'hui.

Avant ce texte, l'Ordonnance de Villers-Cotterêts « sur le fait de la Justice, police et finances » (1539) avait été l'occasion d'instaurer de nouvelles règles pour la procédure pénale, écrite (établissement d'un procès-verbal d'audience non contradictoire: l'accusé y joue un rôle passif) et secrète (l'accusé ne connaît pas les charges qui pèsent sur lui, les témoins ne savent pas dans quelle affaire ils témoignent – procédure dite « inquisitoire »).

À cette occasion, la fonction du juge d'instruction est créée. On peut y trouver aussi une disposition qui pourrait être considérée comme l'apparition de la légitime défense dans le droit français. En effet, elle précise que celui qui a agi pour se défendre est absout par la grâce du Roi (art. 168).

3 Un droit pénal déjà européen sous Charles Quint

Au XIX^e siècle, tant s'accroissaient les divergences entre les usages locaux, l'approfondissement du droit canonique, et la renaissance du droit romain, il apparut nécessaire aux dirigeants de diverses principautés du Saint Empire romain germanique de coordonner les règles de droit pénal observées par leurs différents tribunaux. La Constitution criminelle de Charles-Quint, ou Code criminel de Charles V, dite aussi « La Caroline », est le fruit de cette pensée d'un « droit pénal continental européen » codifié. Ce texte touchait à la fois le droit pénal général, le droit pénal spécial et surtout la procédure pénale.

4 La Révolution française

Le système répressif de l'Ancien régime a fait l'objet de critiques vives de la part des « philosophes des Lumières » du XVIII^e siècle : Voltaire, Diderot, Rousseau, ou d'Alembert, et Montesquieu.

C'est surtout avec C. Beccaria, auteur italien, et son « Traité des délits et des peines », publié en 1764, que l'on trouve la critique plus achevée, du moins la plus techniquement organisée, du droit pénal de l'époque (critique de la peine de mort, et accent sur l'éducation qui doit permettre la réinsertion des condamnés), ouvrant la voie d'un droit pénal moderne, dans lequel vont s'engouffrer la Révolution française et, un peu plus tard, le Code pénal de 1810.

La Révolution amorce en effet une rupture, avec l'émergence d'un droit écrit et l'instauration progressive de principes qui vont demeurer, du moins dans l'esprit, dans le droit pénal contemporain. Comme rempart à l'arbitraire, en est-il ainsi du principe de légalité, inscrit dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « la loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement et délit » (art. 8). Il en est de même aussi du principe d'égalité des citoyens devant la loi : « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (art. 6).

La réaction légaliste se manifeste principalement par la mise en place d'une codification : le législateur révolutionnaire codifie dès 1791 le droit criminel et la procédure pénale. La codification s'est effectuée en deux étapes : d'abord, les infractions les moins graves, avec la loi de police municipale des 19 et 22 juillet 1791, ensuite les crimes avec les lois des 25 septembre et 6 octobre 1791. À cette occasion, disparaissent les délits religieux qui portent atteintes à la morale religieuse. Les peines deviennent fixes : fondée sur l'égalité, la fixité des peines va apparaître très inadaptée, ne permettant pas suffisamment leur individualisation. L'inconvénient consiste à appliquer la même peine, quelles que soient la personnalité du délinquant et les circonstances entourant l'infraction. À cela, s'ajoute un adoucissement des peines bien que la peine de mort ne soit pas supprimée.

5 Le Code pénal napoléonien

Le Code pénal de 1810 est un compromis entre le système de l'ancien Régime – répressif à l'extrême, et celui de la Révolution – légaliste à l'extrême et trop modéré. La codification napoléonienne maintient le principe de légalité des délits et des peines. Il établit une division tripartite des infractions selon leur gravité (crime, délit, contravention).

La fixité des peines est supprimée, et il est instauré pour de nombreuses infractions un système de minimum et de maximum laissant au juge une certaine marge d'appréciation. Il lui est permis en particulier d'accorder des circonstances atténuantes en fonction de l'auteur et de son acte pour réduire la peine fixée par le législateur. Cette individualisation n'est possible en 1810 que pour les seuls délits. Il faut attendre la loi du 28 avril 1832 pour que la fixité soit supprimée également en matière de crime. La répression demeure sévère : les peines perpétuelles sont ainsi rétablies, notamment les travaux forcés à perpétuité.

La codification s'inspire de la philosophie utilitariste de l'anglais J. Bentham (1748-1832) selon laquelle l'État ne doit pas user de son pouvoir répressif au-delà de la finalité que lui confère le contrat social (protéger la société). La punition doit être envisagée dans la mesure où elle est utile à la défense de la société.

Le droit pénal moderne reprendra cette idée sous la formule « pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile ». Appliquée sous l'autoritarisme napoléonien avec vigueur, la répression s'en trouve renforcée : les circonstances aggravantes peuvent être retenues par le juge, la tentative est punissable alors que l'ordre social n'a pas été atteint, et la peine du complice est identique à celle de l'auteur¹²⁷.

Parallèlement au processus de la codification du droit pénal, le législateur révolutionnaire a réformé les règles du procès en rétablissant le système de droit accusatoire, lequel laisse aux particuliers, et plus spécialement à la victime, l'initiative de l'accusation, avec une procédure principalement orale, publique et contradictoire, avec le Code des délits et des peines, adopté sous la convention de l'an IV. L'empire napoléonien va quant à lui mettre en place le Code d'instruction criminelle (1808), élaboré juste avant le Code pénal, et en vigueur jusqu'en 1959. Ce code opère cette distinction qui prévaut encore aujourd'hui entre la phase d'instruction de l'affaire et la procédure du jugement.

L'évolution post-napoléonienne est plus difficile à synthétiser car des influences opposées ont imprégné le droit pénal, tantôt à la faveur de la répression (système de la relégation, loi du 27 mai 1885), tantôt à la faveur de la modération (libération conditionnelle en 1885, ou le sursis en 1891). Bien avant la grande réforme de 1992, les peines alternatives à l'emprisonnement ont été créées (1975), et la peine de mort a été supprimée (1981).

Ces évolutions successives sont le fruit de courants doctrinaux assez divers, et qui dès l'élaboration du Code pénal actuellement en vigueur vont jouer un rôle pour nuancer le concept utilitariste de la défense sociale.

B Les influences doctrinales

1 L'école de la justice absolue

Deux écoles importantes se sont développées. La première dite de la « justice absolue », représentée par Kant (1724-1804) et Joseph de Maistre (1753-1821). C'est bien avant la rédaction du Code pénal de 1810 que le philosophe allemand Kant a élaboré sa doctrine dans une étude intitulée « Critique de la raison pratique » (1788), puis dans un autre livre, « Éléments métaphysiques de la doctrine du droit » (1796). Il s'agit de s'opposer catégoriquement au concept utilitariste du droit de punir. La peine a une fonction exclusivement morale : il convient de châtier, de punir le coupable afin que celui-ci expie sa faute. La peine prend alors une valeur rétributive. La répression doit être assurée indépendamment du problème de savoir si elle est utile ou non à la société.

2 L'école classique

Ce courant apparaît dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, avec C. Beccaria, et J. Bentham.

Auteur italien, C. Beccaria est considéré comme un précurseur au regard du droit pénal, de la procédure pénale et de la politique criminelle. Il est à l'origine de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dont de nombreux articles proviennent directement de son ouvrage sur les « délits et des peines », et il a fondé le droit pénal classique.

Dès 1764, dans son ouvrage majeur de droit pénal, immédiatement traduit en Français, et intitulé « Traité des délits et des peines », Beccaria dégage le principe de la légalité des délits et des peines selon lequel les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit. Il a aussi introduit le principe d'égalité : les peines punissant des personnes de haut rang doivent être les mêmes que celles du dernier des citoyens. Pour cet auteur, la peine doit être personnelle. Cela ne veut pas dire qu'il faut l'individualiser. C. Beccaria est partisan des peines fixes (retenus par le premier Code pénal de 1791, et abandonné dès celui de 1810), et s'indigne également contre les confiscations des biens de la famille. Ces idées sont des principes directeurs fondateurs du droit pénal. On trouve aussi le principe de la proportionnalité. Il faut des peines justes. À ce titre, il était hostile à la peine de mort.

La formulation juridique de la pensée classique revient à l'anglais J. Bentham. Il écrit en 1776 « La théorie des peines », en 1787, « Panopticon », et en 1789 « Principes du Code pénal », ouvrage qui a conduit l'Assemblée nationale à le reconnaître citoyen français pour ses travaux. C'est le principe d'utilité et de justice qui gouverne sa pensée.

3 L'école néo-classique

Au XVII^e siècle, s'est développée l'école néo-classique représentée dans sa variante libérale par Guizot (« Traité de la peine de mort en matière politique », 1822), Rossi (« Traité de droit pénal », 1829), et Ortolan (« Éléments de droit pénal », 1875). Cette formule célèbre « pas plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile » peut synthétiser leur théorie. Se situant à mi-chemin entre Beccaria et les tenants de la Justice absolue, c'est une combinaison de l'utilité sociale et de la justice morale. Pour parvenir à une peine juste, les néo-classiques insistent sur la nécessité de son individualisation, comme l'a démontré Saleilles (« L'individualisation de la peine », 1898), ce qui les différencie de l'école classique. Dans le même ordre d'esprit, la peine ne doit pas non plus être trop lourde. Il faut parvenir à une peine utile, c'est-à-dire rétributive et amendante.

Le néo-classicisme a exercé une profonde influence sur le droit positif. Par exemple, loi du 28 avril 1832 supprime les peines corporelles comme la marque, le carcan et la mutilation du poing, correctionnalise divers crimes, institue la double échelle des peines politiques et de droit commun, et surtout généralise l'application des circonstances atténuantes à toutes catégories d'infraction.

Au XIX^e et XX^e siècle, les théories s'intéressent à l'individu dangereux, donnant naissance à l'anthropologie de « l'homme criminel » avec l'école italienne, et à la théorie de la défense sociale représentée d'abord par l'école belge.

4 L'école positiviste

Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, est apparu le courant positiviste, illustré par les Italiens Lombroso, professeur de médecine légale à Turin (1876, « L'Homme criminel »), E. Ferri, professeur de droit et avocat à Rome (1892, « La sociologie criminelle ») et Garofalo, magistrat (en 1885, « Criminologie »).

Tous les trois à l'origine de l'école pénale italienne, ils sont des disciples d'Auguste Comte, philosophe français, positiviste et fondateur d'une science nouvelle, la sociologie.

L'originalité de ce courant de pensée est d'avoir considéré le phénomène criminel sous un angle scientifique, c'est-à-dire objectif, le but du droit pénal n'étant dès lors plus de punir une faute, mais de protéger la société contre un homme objectivement dangereux. La doctrine refuse le postulat du libre-arbitre et la proportionnalité des peines, caractéristiques de l'école néo-classique. La dangerosité est centrale dans l'analyse.

La peine classique doit être substituée par des mesures de défense, encore appelées « mesure de sûreté », lesquelles, pour être efficaces, doivent s'appliquer aussi longtemps que dure l'état dangereux. Ces mesures sont d'une durée indéterminée, et leur but est de supprimer l'état dangereux de l'individu. Elles se distinguent aussi de la peine par leurs modalités d'application (mesures curatives, éducatives, éliminatrices).

Par conséquent, la notion traditionnelle de responsabilité pénale se transforme : l'individu apparaît d'autant plus responsable de son acte qu'il est lié par une détermination psychologique. Il faut concevoir le crime comme le résultat inexorable de causes exogènes ou endogènes. Pour Lombroso, le crime a une explication anthropologique, étant la résurgence des instincts primitifs de l'homme. Il met en évidence également, d'après les traits morphologiques de l'individu, les origines « biologiques » de la criminalité. Pour Ferri, l'explication est davantage sociologique, le crime étant causé essentiellement par le milieu. Pour Lombroso, le délinquant est comme un « microbe social » qui menace la santé de la collectivité. Ce courant a eu une certaine influence en droit pénal : éloignement des individus dangereux, mesure de sûreté (l'interdiction de séjour, par exemple).

5 Les écoles de la défense sociale

La doctrine dite de « la défense sociale » connaît plusieurs courants.

Un premier courant a été exposé par le belge A. Prins (« Science pénale et droit positif », 1899 ; « La défense sociale et les transformations du droit pénal », 1910). Le postulat déterministe est rejeté, mais la prise en compte de l'état dangereux a pour conséquence d'admettre les sanctions à durée indéterminée. Selon Michel Foucault, « l'idée générale de la défense sociale telle qu'elle a été exposée par Prins au début du xx^e siècle s'est formée par transfert à la justice criminelle des élaborations propres au nouveau droit civil »¹²⁸. Autrement dit, c'est le risque auquel le droit fait face qui a mis au cœur de cette théorie pénale l'être dangereux.

A. Prins fonde en 1889, avec le hollandais Van Hamel et l'allemand Von Liszt, l'Union internationale de droit pénal, devenue ensuite en 1924 l'Association internationale de droit pénal. P. Cuhe, dans un article s'intitulant « L'éclectisme en droit pénal », publié en 1907, dans la revue de droit pénitentiaire, met en lumière la pensée de l'Union internationale de droit pénal.

Raymond Saleilles est l'auteur de l'ouvrage intitulé « L'individualisation de la peine » (1898), dans lequel il démontre l'existence de trois types d'individualisation : l'individualisation légale (le législateur prévoit alors un minimum et un maximum pour chaque peine, des circonstances atténuantes et des circonstances aggravantes), l'individualisation judiciaire (le juge est invité à choisir la peine en fonction de la personnalité de l'auteur de l'acte) : l'individualisation administrative (il faut donner de la souplesse dans les modalités d'exécution de la peine).

Avec l'italien Grammatica, avocat à Gênes (« Principes de défense sociale », 1961), la défense sociale prend un nouveau tournant en étant principalement axée sur le sujet : il faut supprimer l'ensemble du droit criminel et en particulier les concepts d'infraction et de délinquant, fondés sur l'appréciation objective d'un dommage. Il convient alors d'appliquer à l'homme reconnu antisocial des mesures de défense sociale visant à l'améliorer, et pouvant intervenir avant comme après l'infraction.

Au xx^e siècle, apparaît une doctrine très active, la défense sociale nouvelle, représentée par M. Ancel (1902-1990) dans son ouvrage intitulé « La défense sociale nouvelle », publié en 1954 et réédité à deux reprises.

Mouvement d'inspiration humaniste, ce courant rejette toute considération de vengeance, d'expiation, voire de rétribution. La réaction sociale face à la violation de la loi pénale doit tendre à restaurer chez le délinquant son libre arbitre. Le but de la sanction n'est dès lors pas l'expiation d'une faute, mais la resocialisation du délinquant (réinsertion). Il faut agir sur la personnalité du délinquant en appliquant les mesures adaptées pour le rééduquer. À cette fin, peuvent être utilisées les peines comme les mesures de sûreté, d'ailleurs fondues dans un système unique de sanctions. Cette observation du délinquant doit s'opérer avec des examens médicaux, sociaux, psychiatriques destinés à constituer un dossier de personnalité, seul capable de permettre la mise en œuvre d'un véritable traitement de resocialisation.

De nombreuses réformes ont été ainsi marquées par les idées de la défense sociale nouvelle : on peut citer à cet égard l'ancienne ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, dont les dispositions privilégiant la prise en compte de la personnalité du mineur, et les mesures protectrices et éducatives sur l'aspect strictement répressif (prison)¹²⁹, ont été reprises par l'actuel Code de la justice pénale des mineurs.

6 L'école néo-classique contemporaine (ou néo-classicisme nouveau)

Annoncé il y a déjà longtemps par R. Saleilles, ce courant a pour principaux représentants G. Levasseur et R. Merle et, à l'étranger, l'École d'Utrecht. Tout en s'opposant à la défense sociale nouvelle, et prônant ainsi l'idée de blâme, de responsabilité morale et de rétribution, ces partisans estiment primordiale une connaissance approfondie de la personnalité des criminels.

VII Le Code pénal de 1992

A Une codification nouvelle

1 La genèse

Si le Code napoléonien était un modèle à son époque, il était entaché de défauts majeurs : son plan était illogique, car il abordait la sanction avant d'envisager la personne responsable et l'infraction, et son contenu était incomplet. Sur le fond, malgré les réformes ponctuelles, il devenait nécessaire de le moderniser après une application de près de deux siècles^{130 131}. Ainsi, dès 1934, le projet de sa réforme (avant-projet Matter) a été lancé. La réflexion sur la réforme du Code pénal ne s'est véritablement concrétisée qu'à partir de 1986 avec la Commission de révision, présidée par R. Badinter. Les deux fonctions d'un Code pénal sont présentées à cette occasion : la fonction répressive (la loi a pour finalité la défense de la société civile et de ses membres) et la fonction expressive (la loi exprime le système de valeurs d'une société).

2 L'adoption

Finalement, avec les changements de politique, le Parlement adopte les quatre projets de lois de réforme du Code pénal le 22 juillet 1992. Ces quatre lois forment les quatre premiers livres du Code pénal, et la loi du 16 décembre 1992 adopte un cinquième livre. La partie réglementaire est adoptée plus tard, par les décrets des 29 mars 1993 et 25 février 1994. Le Code pénal n'entrera en vigueur que le 1^{er} mars 1994. Il est accompagné de deux circulaires d'interprétation : celle du 14 mai 1993 pour la partie législative et celle du 18 janvier 1994 pour la partie réglementaire. Ces circulaires ont disparu en 2002.

B Un droit pénal rénové

1 La forme

Le plan adopté est clair et divisé en sept livres : le premier étant consacré aux principes généraux et les cinq suivants aux infractions. Le livre 5 intitulé « Des autres crimes et délits » est considéré comme un livre « ouvert » : y figurent les infractions qui ne répondent pas à la classification des valeurs sociales suivantes : personne, bien, État.

Les textes sont plus accessibles, moins équivoques, et on y insère des définitions pour faciliter l'accès au droit. La loi du 9 août 2010 portant adaptation de l'institution d'une Cour pénale internationale a créé un nouveau Livre (IVbis) consacré aux crimes et délits de guerre.

Les articles sont adoptés sous la forme d'une numérotation décimale à quatre ou cinq chiffres permettant de situer plus facilement les textes alors qu'auparavant la numérotation était continue. Cette méthode permet d'intégrer des dispositions nouvelles, qui viendraient se glisser entre deux articles.

- Premier chiffre: livre
- Deuxième chiffre: titre
- Troisième chiffre: chapitre
- Quatrième chiffre: place de la disposition concernée à l'intérieur du chapitre

La partie réglementaire (livre 6) est articulée sur la même méthode.

Au sein du livre 1^{er}, trois parties se succèdent, intitulées « de la loi pénale », « de la responsabilité pénale » et « des peines ». Ce livre contient le droit pénal de fond, et uniquement lui, ce qui a eu pour conséquence de transférer l'essentiel de l'exécution des peines dans le livre V du Code de procédure pénale.

2 Le fond

Le Code pénal n'est pas révolutionnaire, car il reprend des principes affirmés antérieurement (classification tripartite des infractions, principe de légalité..., art. 111-1 à 111-5 CP). Il est par contre le reflet de la société et des valeurs protégées.

Du côté du droit pénal spécial, il y a une protection particulière aux personnes, le premier livre qui traite du droit pénal spécial s'intéresse aux infractions contre la personne, avant celles relatives aux biens. On prend en compte l'évolution de la société: dépénalisation du vagabondage, de la mendicité... D'autres infractions apparaissent, comme le harcèlement sexuel, la répression du terrorisme, la délinquance économique, la mise en danger d'autrui. De nouvelles circonstances aggravantes sont créées (par exemple, la particulière vulnérabilité).

Du côté du droit pénal général, c'est tout d'abord l'importante consécration de la responsabilité pénale des personnes morales. Ensuite, une formulation plus juste des troubles mentaux a été opérée. Ainsi, le vocable « dément » est supprimé au profit du « trouble mental ayant altéré le discernement ». Certaines règles jurisprudentielles sont désormais consacrées légalement (par exemple, la légitime défense des biens, ou l'état de nécessité).

Techniquement, le système des peines planchers a été supprimé. Désormais, la peine prévue par le législateur pour l'infraction considérée est déterminée que par un quantum maximum, alors que, sous l'empire de l'ancien Code pénal, était également prévu un quantum minimum.

En matière de contraventions, l'emprisonnement est supprimé, et l'amende devient la peine principale.

Quant au régime des peines, l'accent est mis sur l'individualisation judiciaire de la peine et la marge octroyée au juge est forte. L'individualisation est devenue « personnalisation »¹³² afin d'englober le mécanisme des sanctions prononcées à l'encontre des personnes morales (v. *infra*, fiche 7). Les circonstances atténuantes disparaissent. La fonction éducative et sociale de la peine est mise en évidence. C'est aussi le développement des peines alternatives, peines de substitution à la peine principale.

VIII De quelques données critiques sur l'évolution récente du droit pénal

A L'inflation pénale et la frénésie sécuritaire¹³³

« *Nemo censetur ignorare legem* ». Si « nul n'est censé ignorer la loi pénale », la production législative des normes pénales est telle qu'il devient de plus en plus difficile de suivre l'évolution du droit pénal. Par ordre chronologique, quelques lois importantes du droit pénal général : la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance, la loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures venant clarifier la responsabilité pénale des personnes morales et la récidive, la loi du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle (3^e loi relative à la récidive), la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation, la loi du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, la loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, la loi du 27 mars 2012 relative à l'exécution des peines, la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'UE et des engagements internationaux de la France, la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales la loi du 17 août 2015 adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, la loi du 27 février 2017 réformant la prescription pénale, la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice, la loi du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, ou encore la loi d'orientation et de programmation du 23 novembre 2023.

Cette inflation législative s'accompagne également d'une logique sécuritaire¹³⁴, et certains auteurs mettent en évidence une évolution répressive de la société, emprunté de « populisme pénal »¹³⁵.

La montée en puissance des victimes dans le procès pénal¹³⁶ participe au droit pénal sécuritaire. Depuis la loi du 12 décembre 2005, la peine prononcée est fixée en prenant en compte les intérêts des victimes, opérant un élargissement de l'objet du droit pénal. Cet aspect atteint aussi le procès pénal, ce qui conduit à un « brouillage des [ses] finalités »¹³⁷.

À cet égard, l'avant-projet du futur Code de procédure pénale (2010) crée le statut de « partie citoyenne », remettant en cause le statut des victimes en droit pénal. Deviendrait partie

au procès pénal celui qui, en tant que personne physique ou morale, n'a pas souffert d'un préjudice direct né de l'infraction mais qui présente un intérêt légitime à agir. Le même statut est accordé lorsque l'infraction dénoncée a causé un préjudice à la collectivité publique. La qualité de « partie citoyenne » confère la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile, y compris en mettant en mouvement l'action publique, mais sans prétendre à une quelconque réparation. Dans le même ordre d'idée, un projet de loi sur la « participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs » a intégré les citoyens dans le jugement de certains délits, et contraventions annexes (art. 2, 3 et 4 dudit projet). Le dispositif a été adopté le 6 juillet 2011, et est envisagé à titre expérimental à compter du 1^{er} janvier 2012, et jusqu'au 1^{er} janvier 2014 (loi 10 août 2011). L'arrêté du 18 mars 2013¹³⁸ a mis fin à l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de « citoyens assesseurs » au fonctionnement de la justice pénale.

La loi du 15 août 2014 institue dans le Code de procédure pénale le concept de « justice restaurative », avec la création d'un nouvel article 10-1, qui définit la mesure comme « toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. ». Cet « accord » entre la victime et l'auteur peut ainsi intervenir à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, sous réserve que les faits aient été reconnus.

Émerge aussi une nouvelle fonction de la loi pénale, à but « déclaratif »¹³⁹, et moins normatif. La loi du 8 février 2010 (et celle du 14 mars 2016, après la censure du conseil constitutionnel des 11 septembre 2011 – pour le crime de viol – et 17 février 2012 – pour le délit d'agression sexuelle), en introduisant le vocable « inceste » dans la norme juridique participe à ce droit déclaratif (v. *infra*, fiche 1). Les lois « mémorielles » font aussi partie de ce droit déclaratif, perturbant la question de la légalité (v. *infra*, fiche 1).

De nombreuses lois sont intervenues pour simplifier ou améliorer la qualité « rédactionnelle » de la loi, y compris pénale. Par exemple, la loi du 17 mai 2011 relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité de la loi. Parfois, ce type de loi contient quelques erreurs matérielles (par exemple, la loi du 12 mai 2009 ayant supprimé la peine de dissolution pour l'escroquerie, rétablies ensuite par la loi du 24 novembre 2009, v. *infra*, fiche 10).

B Droit pénal et dangerosité, une équation difficile à résoudre

■ De l'état de particulière vulnérabilité du Code pénal à l'état de particulière dangerosité du CPP

L'état de dangerosité (auteur particulièrement dangereux) renvoie à l'autre facette de l'infraction : l'état de vulnérabilité (victime particulièrement vulnérable), concept inventé à l'occasion de la réforme du Code pénal de 1992.

1 La situation dangereuse

Le droit pénal s'y est intéressé dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, avec l'introduction d'une section intitulée « mise en danger d'autrui », ce qui modifia la conception traditionnelle de la faute pénale, la faute de mise en danger d'autrui (v. *infra*, fiche 5) ayant donné lieu à de vives discussions doctrinales, notamment pour déterminer sa nature, intentionnelle ou non.

2 L'état dangereux

L'incrimination de l'état dangereux n'existe pas, et viole le « principe de l'objectivité des incriminations »¹⁴⁰. Telle ou telle déviance, d'origine personnelle ou d'origine sociale, n'est appréhendée par le droit pénal que lorsqu'elle représente un « danger » pour la société. Au sens du droit pénal, la déviance n'est donc pas la dangerosité, mais, dans la mesure où elle contient un risque plus élevé de dommages à autrui, elle peut, sous une certaine forme, aggraver la répression des infractions de violences¹⁴¹.

3 La dangerosité criminologique

La dangerosité est devenue une « notion juridique » en droit pénal français depuis la loi du 25 février 2008. « Loi révolutionnaire », pour le professeur Pradel¹⁴². Elle s'est confrontée aux principes juridiques du droit pénal fondé sur la faute. La notion a été circonscrite à l'occasion du 2^e congrès international de criminologie¹⁴³.

Sont visées les personnes ayant « une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité »¹⁴⁴.

L'affaire Evrard est à l'origine d'un débat largement médiatisé qui a fait ressurgir les anciennes théories positivistes sur le « criminel-né » et sur le « chromosome du crime »¹⁴⁵ : le mot dangerosité a une histoire politique et étymologique¹⁴⁶. Le mot apparaît en 1885 dans l'ouvrage de Garofalo pour souligner la perversité constante du délinquant, [...] que l'on peut redouter.

Michel Foucault explique : « au fond qu'est-ce qu'un criminel-né ou un dégénéré ou une personnalité criminelle, sinon quelqu'un qui selon un enchaînement causal difficile à restituer porte un indice particulièrement élevé de probabilité criminelle, étant en lui-même un risque de crime »¹⁴⁷.

La dangerosité est le critère d'application de « mesures de sécurité sociale »¹⁴⁸, prononcées par le juge à l'encontre d'un condamné alors qu'il a totalement exécuté sa peine (cette situation est tellement nouvelle qu'elle a donné lieu à de nombreuses difficultés d'interprétations, aussi bien de la part du juge interne que celle du juge européen (v. *infra*). Les enjeux se situent au niveau post carcéral : que va faire l'auteur une fois sortie de prison dans la société ?

En prenant appui sur les notions de dangerosité et de récidive, le législateur aménage des dispositifs juridiques visant à anticiper les comportements infractionnels. Les atteintes visées : les violences graves aux personnes. La loi du 25 février 2008 est comparable à la grande loi sécurité et liberté du 2 février 1981¹⁴⁹.

L'appréciation de la dangerosité implique la rencontre du droit pénal et de la criminologie. Cette union s'opère légalement au service de la prévention de la récidive.

IX Plan de l'ouvrage

Le droit pénal repose sur des normes juridiques rigoureuses. Après avoir étudié le fonctionnement de la norme juridique en droit pénal (partie I), il importe de s'intéresser à la responsabilité pénale qu'elle organise (partie II).

Notes

1. À cet égard, lire le discours de R. Badinter, garde des Sceaux, du 17 septembre 1981 à l'Assemblée nationale.
2. Sur le concept du droit de punir et son lien avec le droit pénal, L. De Graeve, *Essai sur le concept de droit de punir en droit interne*, Thèse Lyon 3, 2006.
3. E. Durkheim, *Règles relatives à la distinction du normal et du pathologique*, in *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1968, 47-75.
4. Suppression du délit de racolage et incrimination du recours à la prostitution. V. Loi du 13 avril 2016 visant à lutter contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, en particulier la création d'un nouvel article dans le Code pénal : « art. 611-1. – Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. » La récidive de la contravention prévue au présent article est réprimée conformément à l'article 225-12.1.
5. Le 1^{er} juillet 2014, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la conventionnalité de cette loi dans l'affaire SAS c/France et conclut à l'absence de violation de la Convention : si elle estime que la prohibition générale posée par la loi n'est pas nécessaire pour assurer la sécurité publique, la Cour considère, en revanche, que celle-ci peut être proportionnée à un autre but légitime : la préservation du « vivre ensemble » (v. D. 2014, p. 1701, note C. Chassang).
6. La circulaire du 2 mars 2011 édictée par le premier ministre, mais aussi celle du 31 mars 2011 édictée par le ministre de l'Intérieur, sont venues préciser le champ d'application de l'interdiction, tout en proposant aux personnes qui se dissimulent le visage une information complète sur la loi et un accompagnement personnalisé.
7. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, éd. PUF, 1986, p. 44.
8. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, éd. Cujas, 1999.
9. « Le droit pénal n'est plus aujourd'hui ce droit strictement sanctionnateur, stigmatisé parce qu'il serait à la remorque de tous les autres. C'est un droit rigoureux, porteur de valeurs et créateurs de normes. C'est un système juridique complet propre à former l'esprit de nos étudiants, à façonner leur intelligence » (M.E. Cartier, *Libre propos sur l'enseignement du droit pénal à l'aube du XXI^e siècle*, RSC, 2000, p. 177).
10. Hors Code pénal, demeurent cependant des infractions dont la peine est inférieure à 2 mois (par exemple, en droit de l'urbanisme).
11. Par exemple, l'article L. 428-1 C. envir. (en matière de chasse).
12. Sur la question en droit pénal de la famille : P. Maistre du Chambon, *Quelques considérations sur le droit pénal de la famille*, JCP. G. 2011, n° 6.
13. Sur le particularisme en droit pénal des affaires, v. S. Jacopin, *Le recul de la sanction pénale ou la dépenalisation du droit pénal des affaires*, in *Le renouveau de la sanction pénale* (ouv. coll.), S. Jacopin (dir.), éd. Bruylant, 2010. p. 53 et s.
14. Par exemple, le juge a rappelé cette règle à l'occasion d'une opération de qualification pénale (pour suite pour vol) : « l'inobservation d'une obligation contractuelle n'entre dans les prévisions d'aucun texte répressif » (Cass. crim., 24 novembre 1983, Bull. 315 – en l'espèce, le retrait d'un distributeur automatique de billets de banque, par le titulaire d'une carte magnétique, d'une somme d'argent excédant le montant de sa provision disponible de son compte bancaire).
15. Sur leur légitimité, M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, éd. Economica, Paris, 1992.
16. Et reprise par la loi Murcef du 11 décembre 2001, art. L. 1411-1 Code général des collectivités territoriales.
17. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun ?*, éd. Le Seuil, 1994.
18. V. A. Huët et R. Koering-joulin, *Droit pénal international*, éd. PUF, Thémis.
19. *In D.* 2000, IR, 182.
20. Série A, n° 214-A.
21. F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. PUF, coll. Thémis, n° 11. Également, JCP. G. 1999. II. 10193, note F. Sudre.
22. V. aussi récemment, CEDH, 3 oct. 2013, D. c/France.
23. *In D.* 2010, p. 2776, obs. S. Lavric.
24. *In D.* 2009, p. 600, note J.-F. Renucci ; RSC, 2009, p. 176, obs. J.-P. Marguenaud ; Dr. pénal 2010, étude 12, J.-B. Thierry ; D. 2010, p. 1386, note J.-F. Renucci ; RSC, 2010, p. 685, obs. J.-P. Marguenaud.
25. Il s'agissait d'une privation de liberté de treize jours imposée aux membres de l'équipage à bord d'un navire battant pavillon cambodgien intercepté en haute mer par la police des douanes françaises pour trafic de stupéfiants, le temps de son convoiement vers un port français.
26. Également, dans le cadre de l'affaire des pirates somaliens, CEDH, 4 décembre 2014, Ali Samatar et autres c/France et Hassan et autres c/France, 4 déc. 2014, *in D.* 2015, p. 303, note J.-F. Renucci.
27. Série A, n° 176-A ; série A, n° 176-B ; D. 1990, p. 353, note J. Pradel.
28. *In D.* 1999, somm. P. 271, obs. J.-F. Renucci ; RSC, 1998, p. 829, obs. L.E. Pettiti.
29. *In JCP.* G. 2003. II. 10136, note L. Pech. La loi du 9 mars 2004 a dès lors supprimé le délit d'offense à chef d'État étranger prévu par l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881.

30. Ce n'est pas la qualification pénale retenue qui est sanctionnée ici, à la différence de l'arrêt Colombani (il avait été jugé que le délit même ne répondait à aucun « besoin social impérieux » et était contraire, en soi, à l'article 10 de la Convention au motif que la loi de 1881 accorde aux chefs d'État étrangers un « statut exorbitant du droit commun », qui les soustrait à toute critique et interdit au journaliste, contrairement au droit commun de la diffamation, de faire valoir la véracité de ses allégations). C'est le principe même de la sanction pénale prononcée pour le délit de l'article 26 de la loi de 1881 qui semble contraire à la Convention dans l'arrêt Eon.
31. Condamnation à une amende de 30 euros pour avoir brandi sur la voie publique, au passage du chef de l'État, un écriteau faisant sienne l'élégante phrase « Casse-toi pov'con ».
32. C. Picheral, *L'abrasion conventionnelle du délit d'offense au président de la République*, JCP G, n° 23, 3 juin 2013, 656.
33. Série A, n° 161, in RSC, 1989, p. 786, obs. L.-E. Pettiti. On notera au passage que le préambule du 13^e protocole exprime la conviction des États membres du Conseil de l'Europe que « le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ».
34. In JCP. G. 2010, 859, chr. F. Sudre, n° 3.
35. Série A, n° 131.
36. Série A, n° 183.
37. Affaire n° 2.
38. F. Tulkens, *Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme*, in J.-P. Céré (dir.), *Panorama européen de la prison*, éd. L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2002, p. 44.
39. In AJ Pénal, août 2013, p. 403, obs. J.-P. Céré.
40. Série A, n° 18.
41. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. Sirey, 2002, n° 71, p. 208.
42. In JCP G 2004, I, 107, note F. Sudre, AJDA 2004, p. 534, chron. J.-F. Flauss.
43. Série A, n° 45.
44. V. M. Fabre-Magnan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme*, D. 2005 chr., p. 2973.
45. In JCP. G. 2003. II. 10062, note C. Girault.
46. M. Fabre-Magnan, note. préc.
47. Arrêt préc.
48. In RSC, 2006, p. 139, note F. Massias; JCP. G. 2005. II. 10142, note F. Sudre.
49. V. aussi, CEDH, V. et C.N. contre France, du 11 octobre 2012: la France a été une nouvelle fois condamnée pour des faits similaires pour violation de l'article 4 de la Convention au titre de l'obligation positive de l'État de mettre en place un cadre législatif administratif permettant de lutter efficacement contre la servitude et le travail forcé.
50. In JCP G. 2004. II. 10158, note M. Levinet; Dr. Famille, 2004, comm. 194, note P. Murat. Également, J. Sainte-Rose, *L'enfant à naître: un objet destructible sans destinée humaine*, JCP. G. 2004. I, 194.
51. Arrêt préc.
52. Par exemple, dans une décision du 22 janvier 2014, la chambre criminelle considère que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une personne sanctionnée pour un manquement relevant de la compétence de l'AMF puisse, en raison des mêmes faits, être poursuivie et condamnée pour un délit, dans le respect d'une « sanction effective, proportionnée et dissuasive, et à condition que le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne dépasse pas le plafond de la sanction encourue la plus élevée » (Dalloz-actualité, 6 févr. 2014, obs. S. Fucini; JCP 2014. 131).
53. Pour un arrêt sur la question, v. arrêt Serguei Zolotoukhine contre Russie, du 10 février 2009, in D. 2009, n° 29, p. 2014 et s, note J. Pradel. À cette occasion, la Cour donne une définition du principe non bis in idem: « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ». Également, CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et a.c./Italie, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, Jurisdata n° 2014-006876.
54. CJUE, 26 févr. 2013, n° C-617-10, Åklagaren. – CJUE, 5 juin 2012, n° C-489/10, Bonda, in Dr. pénal 2014, chr. 3, n° 21).
55. In Série A, n° 22, in F. Sudre et autres, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF 2003, coll. Thémis, n° 22, p. 198.
56. In Série A, n° 73, in *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, ouv. préc., n° 21, p. 189.
57. In Série A, n° 284-A, JCP. G. 1995. II. 22372, note S.-N. Frommel.
58. In Série A, n° 307-A, RSC, 1996, p. 470, obs. R. Koering-Joulin.
59. M. Delmas-Marty, *Union européenne et droit pénal*, CDE 1997, 607.
60. Depuis le 1^{er} décembre 2009, date de l'entrée en vigueur de Traitée de Lisbonne, cette nouvelle Cour a le même rôle que la précédente, avec un renforcement de ses pouvoirs en matière pénale (outre le traditionnel renvoi préjudiciel fondé sur la collaboration entre les juges nationaux et le juge communautaire, le premier devant demander au second comment appliquer le droit communautaire, des extensions de compétences sont octroyées à la nouvelle Cour de justice). Sur la question, A. Gogorza, *Le rôle de la CJUE en matière pénale*, Dr. pénal, 2010, étude 26. Également, M. Massé, P. Simon, *La construction de la jurisprudence de la Cour de justice en matière pénale*, AJ pénal, 2019, p. 296.